

DU
CONCORDAT PRÉVENTIF
DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 mai 1936, à 14 heures

PAR

S. LUPAS

Président : M. HAMEL, Professeur.

JURY.	{	<i>Suffragants</i>	{	MM. ESCARRA, AMIAUD.	{	<i>Professeurs</i>
-------	---	--------------------	---	-------------------------	---	--------------------

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1936

DU
CONCORDAT PRÉVENTIF
DE FAILLITE

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

DU
CONCORDAT PRÉVENTIF
DE FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 25 mai 1936, à 14 heures

PAR

S. LUPAS

JURY. { *Président : M. HAMEL, Professeur.*
 { *Suffragants* { MM. ESCARRA, } *Professeurs*
 { AMIAUD. }

PARIS
LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN
F. LOVITON & C^{ie}
160, RUE SAINT-JACQUES

1936



AVANT-PROPOS

La crise économique, commencée en 1929 et doublée l'été de l'année suivante d'une crise monétaire, avait créé, pour l'industrie et le commerce, une situation exceptionnellenient difficile. Or, rien n'a été fait en France pour venir en aide à ce commerce et à cette industrie, parfois rudement éprouvés. Tout ce qu'on peut citer, c'est de décret du 8 août 1935, modifiant le livre III du Code de commerce, qui, à part une accélération de la procédure, n'a rien changé à la faillite et à la liquidation judiciaire ; le régime en est resté le même. Dans le rapport adressé à M. le Président de la République, relatif aux mesures prises par les décrets-lois, en vue de l'assainissement économique et du redressement financier, pour la défense du franc, on peut lire : « L'accroissement du nombre et de l'importance des faillites est une conséquence des plus frappantes de la crise actuelle. Ces faits rendent plus visible le caractère archaïque de la procédure instituée, il y a plus d'un siècle, par la loi du 28 mai 1838, qui constitue le livre III du Code du commerce ».

« Cette procédure est, en effet, lente et coûteuse, elle ne répond plus aux exigences économiques de la vie moderne... »

« Or, il importe d'obtenir une solution plus rapide et plus économique des faillites et des liquidations judiciaires ».

Là s'arrêtent les mesures qui ont été prises, jusqu'à présent, pour pallier aux inconvénients de la législation sur l'insolvabilité. Le législateur n'a pas cru bon d'intervenir par une mesure exceptionnelle.

En jetant un coup d'œil en arrière, nous voyons qu'à différentes reprises, à raison de la gravité des circonstances, des mesures d'exception ont été prises, soit pour suspendre certains effets de la faillite, soit pour créer en marge des lois existantes, des régimes de faveur permettant aux commerçants en détresse de sauver leurs exploitations.

Actuellement, un certain nombre de projets et propositions, — certains remontant à plusieurs années, — tendent à l'établissement d'un régime de faveur pour les commerçants malheureux et de bonne foi, soit à titre de régime d'exception, soit à titre de régime permanent ; d'autres propositions, enfin, se tiennent à des modifications plus ou moins importantes à apporter à la législation en vigueur.

Après avoir étudié sommairement l'évolution de la législation sur l'insolvabilité et les mesures d'exception prises en faveur des commerçants, depuis l'entrée en vigueur du Code de commerce jusqu'à la fin de la grande guerre, nous allons retrouver les projets et propositions déposés devant le Parlement français. Nous les exposerons un par un, pour permettre au lecteur d'avoir une idée de chacun d'entre eux ; nous nous excusons

de lui imposer une lecture qui pourrait paraître aride et fatigante, mais nous ne pourrions éviter cet inconvénient qu'en ajoutant en appendice le texte même de ces projets.

Nous préférons ne pas adopter cette méthode. Il nous paraît plus logique d'étudier les tendances actuelles, après avoir vu le développement historique et avant d'aborder l'étude des quelques dispositions et principes qui caractérisent le concordat préventif.

Nous n'allons pas étudier une seule loi avec toutes les dispositions qu'elle peut contenir. La procédure de concordat étant une procédure de concours, a de nombreuses ressemblances avec la faillite et, notamment, avec la liquidation judiciaire. S'attarder sur toutes les dispositions qui pourraient figurer dans une loi, portant institution d'un concordat préventif, eut signifié reprendre bon nombre de dispositions existant déjà dans la liquidation judiciaire et dire à leur égard, ce qui a été déjà dit mieux que nous n'aurions pu le faire. Nous nous sommes contenté d'insister sur quelques points, autour desquels il y a eu une discussion et qui nous ont paru intéresser plus spécialement le concordat préventif.

PREMIÈRE PARTIE

**Historique et Essais législatifs
en France**

INTRODUCTION

Avant de pénétrer dans l'étude du concordat préventif de faillite, nous allons jeter un coup d'œil en arrière, pour nous rendre compte de l'idée qu'on se faisait de l'insolvabilité au cours des temps. Cette idée passe par une période où l'insolvabilité était au plus haut point un fait pénal, un délit, un crime sévèrement puni ; on voyait dans le fait de ne pas payer ses dettes un attentat au bien d'autrui, et cela valait attentat à la personne ; on poursuivait en conséquence. Avec le temps, on s'attache à considérer la chose d'un point de vue un peu différent, on a en vue l'intérêt du débiteur, l'intérêt des créanciers et l'intérêt public ou général. Le fait de faire faillite était considéré pourtant avec rigueur, car il portait atteinte, en même temps qu'aux biens d'autrui, à la sécurité commerciale.

C'était au moyen âge. Pendant tout ce temps, ce qui restait le plus en évidence, c'était le côté pénal du phénomène, on punissait sévèrement, mais là s'arrêtait la réglementation de l'insolvabilité. Ce n'est qu'assez tard, au cours de cette époque, que l'on comprit la nécessité d'organiser une procédure collective, afin de sauvegarder les intérêts du créancier et de les protéger contre le débiteur, ainsi que les uns vis-à-vis des autres. Il vint

alors à l'idée qu'il n'y a pas que des voleurs parmi les insolvable, qu'il y a aussi ceux qui méritent une certaine bienveillance, à cause des circonstances qui les y ont conduits, circonstances contre lesquelles on n'aurait pas pu lutter et contre lesquelles toute prévision normale était inopérante. Lorsque ceci arrivait, on se montrait clément, mais ces mesures étaient bien faibles, on se bornait à ne pas appliquer des peines, mais on faisait jouer une procédure bien humiliante pour l'insolvable pardonné.

Le droit moderne a connu, à ses débuts surtout, des rigueurs contre les insolvable. Le propre du *xix^e* siècle a été de créer, avec son esprit de libéralisme et son respect pour les conventions librement consenties entre les parties, le marché international ; les prix montaient et descendaient suivant des causes qui échappaient aussi bien au pouvoir qu'à la prévisibilité des commerçants. La réussite d'un commerce n'était plus uniquement en fonction de l'intelligence et de l'habileté du commerçant, il y avait autre chose en plus, c'était le concours des circonstances. Quelle est la différence entre le commerce du moyen âge et celui des temps modernes ? En ces temps d'économie citadine, le commerçant, ainsi que l'industriel, ou pour mieux dire l'artisan, travaillaient pour une clientèle qu'ils connaissaient ; leur rayon d'activité ne dépassait guère la cité et ses environs, au moins jusqu'à une certaine époque et mis à part le commerce par mer. Toute l'organisation économique était réglée en vue d'un équilibre : les corporations jouaient ce rôle. Elles étaient là, avec toutes

leurs réglementations, pour mettre un frein à la surproduction, à la fabrication des marchandises à bas prix qui auraient entraîné un regorgement du marché, un avilissement des prix, des faillites et du chômage. Dans un monde pareil, la faillite et l'insolvabilité, en général, devaient avoir, pour la plupart du temps, comme cause principale, l'inadvertence ou la malhonnêteté du débiteur.

Au XVIII^e siècle, le commerce sur mer, la colonisation, les manufactures, le commerce en grand tendent à se créer un marché aussi étendu que possible et à changer la face économique du monde. Des événements extraordinaires obligent à suspendre, à plusieurs reprises, l'application des dispositions sur la faillite¹. Très souvent, l'incertitude commerciale se fait sentir. Le commerçant commence à être l'objet de plus d'attention et de plus d'égards lorsqu'il tombe en faillite. La Révolution française pousse les idées sur ce point un peu trop loin et, avec la législation napoléonienne, un retour s'ensuit.

Le XIX^e siècle connaît cet énorme épanouissement économique grâce au développement du machinisme, du développement des transports, de la mise en exploitation des pays neufs, grâce aussi à une époque de tranquillité et de paix relatives. Toutes ces choses concourent à créer ce marché international. Une variation des prix du blé à Winnipeg, de quelques cents, conduit

1. L'ordonnance de 1673 a été suspendue deux fois, d'abord en 1715, à la suite de la guerre de succession d'Espagne, ensuite en 1733, après le désastre de Law.

à une variation du prix du blé dans tout pays exportateur, quelles que fussent les conditions locales, et c'est ainsi pour toutes les marchandises et pour les matières premières surtout. Dans de pareilles circonstances, la prévisibilité devient difficile, l'actif peut très facilement passer au-dessous du passif sans qu'on puisse rien trouver de répréhensible à la charge du commerçant. Celui-ci se trouve dans l'impossibilité de faire face à ses paiements, malgré toute diligence qu'il aurait pu apporter à la conduite de son entreprise, malgré toute sa bonne foi ; l'homme le plus prudent n'y peut parfois rien. Qu'arrive-t-il, pour la plupart du temps, lorsqu'un commerçant qui, sa vie durant, s'est comporté en honnête homme et parfait commerçant, est acculé à la faillite ? Il essaie d'arrêter sa chute par tout moyen, il fait les opérations les plus hasardeuses, aucune idée et aucun moyen ne lui répugnent. Le résultat, le plus souvent, est celui qu'on cherche à éviter : « Lorsque l'équilibre des comptes est rompu, en vain le débiteur veut-il conjurer la ruine, en temporisant, il ne fait qu'empirer » (Thaller et Percerou). La faillite s'ensuit, et lorsque la situation ne peut plus être dissimulée, on ne trouve plus rien à l'actif, même pas de quoi couvrir les frais de procédure. Le débiteur est ruiné et les créanciers ont tout perdu.

Ne faut-il pas essayer de secourir ces gens que le malheur atteint, en essayant de les sauver et de sauvegarder l'intérêt de ceux qui leur ont fait confiance ? A plusieurs reprises, lorsqu'un concours de circonstances malheureuses ont accablé le commerce — guerres, crises éco-

nomiques ou politiques — des mesures exceptionnelles ont été prises, mais ce n'était là que des mesures de circonstances pour une durée limitée. Il faut penser à quelque chose de plus. Il faut précisément essayer de créer une institution permanente qui puisse, à l'occasion, jouer le rôle de ces mesures extraordinaires de sauvetage et permettre en temps de paix et en période tranquille, de sauver du déshonneur ceux qui, se trouvant au-dessous de leurs affaires, à la suite de faits et causes qui ne leur sont pas imputables, sont des gens honnêtes et de bonne foi. Ce moyen serait le concordat préventif de faillite.

CHAPITRE PREMIER

HISTORIQUE

SECTION I

DU DROIT ROMAIN A LA RÉVOLUTION

§ 1. — *Le droit romain.*

Le droit romain réservait au débiteur insolvable une situation particulièrement difficile. D'après la loi des Douze tables, celui-ci pouvait être enfermé par son créancier dans son *carcer privatus*, dans les trente jours qui suivaient l'échéance de la dette ou le jugement, suivant qu'il s'agissait d'un *nexum* ou d'une *addictio in jure*. Les rigueurs ne s'arrêtaient pas là, le régime dans la prison privée était fort sévère. La nourriture que le débiteur recevait était limitée à une livre de farine par jour, il était chargé de chaînes, dont la loi définissait le poids, ou bien il subissait le carcan de bois. Pendant soixante jours, le créancier, qui ne se trouvait pas désintéressé ou qui ne tombait pas d'accord avec le débiteur ou avec la famille de celui-ci, à la suite d'une

transaction, avait le droit de sortir le débiteur au marché par trois fois et le vendre comme esclave *trans Tiberim* — un citoyen romain ne pouvant pas être esclave dans la cité romaine — ou bien, s'il ne trouvait pas preneur, de le mettre à mort en coupant son corps en autant de morceaux que de pièces on lui devait : *poenas de capite sumito, in partes secanto*.

Quoique cette thèse soit controversée, il n'en est pas moins vrai que la situation du débiteur insolvable était dure. On se dédommageait sur sa personne. C'était ce qui venait le plus facilement à l'esprit des gens. Il a fallu que le droit évolue, pour que l'idée d'une séparation possible entre la personne du débiteur et de son patrimoine se fasse sentir.

Ihering¹ explique ce système d'exécution par l'importance qu'on attachait à la fortune dans la société romaine primitive ; elle était tellement haut placée dans l'estime des gens que le voleur perdait sa liberté et le banqueroutier sa vie. L'exécution sur la personne n'est autre chose que l'expression de la vengeance privée, d'abord réglementée et surveillée dans sa technique, tarifée ensuite par une compensation. Ce n'est pourtant pas dès le début que se rencontre cette tarification. C'était au commencement un marchandage dans lequel entraient en jeu quantités de considérations : l'opiniâtreté de la victime, l'ardeur de la soif de vengeance, l'intercession des amis de celle-ci, la fortune des parties, l'opinion publique, les usages et d'autres encore, en fonction desquels s'établissait la compensation.

1. *Esprit du droit romain*, t. I, p. 135. La vengeance et la peine privée.

Ihering s'exprime ainsi, pour expliquer pour quelle raison une aussi haute considération put être attachée aux biens : « la valeur qu'un individu, ou toute une époque, attache à la fortune, se détermine par l'expérience et d'après les difficultés de l'acquisition. Ce qu'un individu a acquis au prix de son corps et de sa vie, ou à la sueur de son front, semble devenir une partie de lui-même ; quiconque entame cette propriété doit payer et s'il ne peut pas restituer, son propre corps répond de ce qu'il a enlevé »¹.

Cette idée paraît expliquer les choses pour un temps où les moyens de subsistance étaient rares, ce qui justifiait d'ailleurs le droit du père à vendre ses enfants. Porter atteinte à la propriété de quelqu'un, soit en le volant, soit en ne lui rendant pas ce qu'on lui devait, signifiait autant qu'une privation des moyens de subsistance.

Chez un peuple qui apprécie tant la fortune, que la peine corporelle paraît normale pour celui qui y a porté atteinte, il n'est pas impossible d'arriver à une inversion des rôles ; puisqu'on considère tant la fortune, il paraît logique de s'attaquer d'abord aux biens de celui qu'on veut exécuter, et, dans cet ordre d'idées, il n'est pas plus étonnant de voir poursuivre contre la personne la satisfaction à raison d'une lésion pécuniaire, que de voir la fortune de l'adversaire payer la peine d'une lésion corporelle. L'explication donnée par Ihering a été contestée par Tambour dans ces termes² : « invoquer,

1. Ihering, *op. cit.*, p. 195.

2. Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens du débiteur dans le droit romain et dans le droit français*, Paris, 1856, t. I, p. 13.

pour justifier ce système, le respect des Romains pour la propriété, ne serait-ce pas quelque chose de dérisoire, en présence du peu de respect porté à la liberté individuelle ? Quand le créancier pouvait s'emparer de la personne même, pourquoi n'aurait-on pas pu s'emparer des biens ? » Il est difficile de dire où se trouve la vérité. Ce qui est certain, c'est que les Romains, à part quelques exemples épars, n'ont pas connu l'exécution sur les biens¹, au moins jusqu'à une certaine époque. Il est vrai que le respect humain aurait dû passer avant le respect des biens. Mais il reste une chose incontestablement vraie : c'est que l'exécution sur la personne, telle qu'elle se faisait à Rome, était de nature à forcer le débiteur de payer de sa fortune, s'il en avait, ou d'apitoyer sur son sort les membres de sa famille ou ses amis, lesquels auraient payé la dette ; c'était enfin le seul moyen pour le créancier de faire travailler son débiteur jusqu'à l'acquittement intégral de la dette.

Avec la loi Poetelia Papiria, que les consuls Portelius Visolus et Papirius firent voter, le sort du débiteur insolvable s'adoucit. Sa date est controversée ; à la suite de cette loi, les *nexi* recouvrent la liberté, le *nexum* n'est pas aboli, mais son effet exécutoire tombe, désormais, il fallait prendre un jugement contre le débiteur². La situation du débiteur reste pourtant toujours assez mauvaise. Avec l'influence du christianisme, un adoucissement s'opère³. La prison privée est remplacée par

1. Tambour, *op. cit.*, p. 14.

2. P. F. Girard, *Manuel de droit romain*, 1924, p. 507-8.

3. Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des romains*, p. 83.

la prison publique, sous le règne de l'empereur Zénon (486), plus humaine que la précédente. La sanction pour ceux qui gardaient désormais des prisons privées dans leur maison était la même que pour le délit de lèse-majesté. « Cette mesure fut rappelée par Justinien et confiée à la garde des évêques et des gouverneurs de province »¹.

* * *

La grande transformation est l'œuvre de la jurisprudence prétorienne. Jusqu'ici, pas de procédure collective, chaque créancier se satisfaisait comme il pouvait. L'avantage était au plus diligent. Le prêteur use d'un moyen déjà employé dans le droit public : c'était la *venditio bonorum* faite au profit du Trésor, des biens confisqués aux condamnés sur une accusation publique, ou bien pour le recouvrement des droits que l'Etat pouvait avoir. Non pas que l'Etat ait eu moins de droit que les particuliers, mais il ne pouvait pas l'exercer de la même façon que ceux-ci, non pas pour des sentiments philanthropiques, mais pour des causes tenant à l'organisation politique, plus exactement à la séparation des pouvoirs. Les questeurs n'avaient pas le droit de priver une personne de sa vie ou de sa liberté², pour ce faire il leur fallait s'adresser aux consuls, mais ils avaient celui de lui vendre ses biens.

A la suite de la loi Aebutia, le prêteur fit étendre ce mode d'exécution aux particuliers. Les questeurs du

1 Fischer, *Le concordat préventif dans le droit romain*, thèse, Paris, 1931, p. 10.

2. P.F. Girard, *op. cit.*, p. 1110, note 2. Opinion de Mommsen à l'appui.

Trésor étaient envoyés en possession des biens du condamné qu'ils vendaient publiquement. Il y a une parfaite analogie entre l'ancienne procédure de la *manus injectio* et de la *vindictio bonorum*. D'abord, un délai de trente jours précédait l'exécution ; ensuite, un double délai de trente jours, jusqu'à la nomination du *magister bonorum* et jusqu'à la vente correspondait aux soixante jours pendant lesquels le créancier pouvait sortir son débiteur au marché pour le vendre¹.

Le droit romain ne donne certainement pas l'exemple d'une institution qui puisse se comparer à la faillite moderne, il nous permet, toutefois, de voir une des étapes dans l'évolution de l'idée qu'on se faisait de l'insolvabilité et des procédés d'exécution forcée.

Les origines de la procédure de liquidation collective ne remontent qu'au moyen âge. Mais en cherchant dans le droit romain, on y trouve toutefois deux idées qui ont pu être utilisées : celle de la vente des biens par un curateur et celle du dessaisissement du débiteur².

§ 2. — *L'ancien droit.*

Le droit féodal n'a rien connu de ce qu'on peut rattacher à la procédure de faillite. Il n'y avait pas de pareille procédure organisée, pas de groupement en masse des créanciers^{3 4}. Ce n'est que vers le *xiv^e* siècle que les villes italiennes virent se dessiner une législation dans laquelle on trouve les principes fondamentaux

1. Ripert, à son Cours de droit commun, 1934-1945.

2. Tambour, *op. cit.*, p. 211.

3. Kohler, *Aperçu historique du développement de la faillite*.

4. *Annales de droit commun*, 1891, p. 148 et 228.

qui régissent la faillite de nos jours. C'était ainsi pour le principe de l'égalité entre les créanciers, pour le système des nullités, pour certains actes passés par le débiteur en fraude du droit des créanciers, plus efficace que l'action paulienne que connaissait le droit romain. Mais ce qui caractérise surtout cette procédure, c'était la présomption de fraude à la charge de l'insolvable, qui avait inconsidérément dépensé tout son actif. On estimait qu'un commerçant devait être un homme habile, très habile même, et lorsqu'il arrivait à dissiper toute sa fortune, c'est qu'il était malhonnête, et s'il l'était, il fallait le punir. La sanction était la peine de mort ¹.

Mais on envisageait déjà la situation du débiteur de bonne foi ; lorsqu'on le reconnaissait comme tel, on lui accordait le bénéfice de la cession des biens, et les créanciers étaient envoyés en possession, à l'instar de la procédure du droit romain *missio in possessionem* ². Ce fait montre une préoccupation pour le sort du commerçant malheureux et la tendance vers une distinction entre le commerçant qui ne pouvait pas arguer d'un concours de circonstances défavorables et celui qui, malgré sa diligence, se trouvait surpassé par les événements. Mais l'envoi en possession s'accompagnait d'une procédure très humiliante pour le débiteur ; de plus, elle ne sauvegardait pas toujours les intérêts des créanciers et ne tenait pas compte de la dignité du commerçant et de sa bonne foi. Les créanciers n'étaient pas

1. Ripert à son Cours.

2. Ripert, à son Cours.

plus avantagés, car ils devaient se contenter de ce qu'ils trouvaient. On envisageait aussi la possibilité de laisser un individu commerçant continuer son travail, afin de pouvoir payer davantage. On n'a pas été sans apercevoir l'avantage de ce procédé et, dès ce moment, on a envisagé les contrats entre le débiteur et ses créanciers, non pas dans leur unanimité, mais dans leur majorité, faisant la loi à la minorité. Les créanciers se chargeaient ainsi d'une partie des pertes lorsqu'il était reconnu qu'elles ne provenaient pas de la malveillance ou de l'incapacité du débiteur, afin de permettre à celui-ci de continuer son commerce et, partant, de payer ses dividendes mieux que ne l'aurait fait la liquidation immédiate de son patrimoine. C'était ici l'œuvre des commerçants, certainement très avisés, de ce temps. Sans doute, la faillite restait un fait pénal, mais l'idée sur laquelle devait être bâtie plus tard sa réglementation aboutissant au concordat, et de nos jours, à l'entente préalable du débiteur avec ses créanciers, qu'on appelle le concordat préventif, était trouvée.

* * *

En France, jusqu'au xvii^e siècle, les ordonnances royales — premiers documents en matière de faillite — se bornaient à édicter des peines contre les insolvable. Ceux-ci étaient assimilés aux voleurs (édit de Henri IV de 1609). Ils étaient punis de peines « extraordinaires et capitales ». Le Code Michaud, du temps de Louis XIII (1626) prononçait la même peine. Mais, en raison de la

sévérité de la peine, on l'appliquait rarement ; le plus souvent, on se contentait de faire jouer l'amende corporelle, le carcan et le pilori, le bannissement à temps ou à perpétuité ou les galères. Toutes ces rigueurs n'apportaient pas un grand changement et ne sauvegardaient pas davantage l'intérêt des créanciers, et une foi la faillite déclarée, ne changeaient rien non plus à la situation générale ; on n'essayait pas d'améliorer, on sévissait ¹.

On ne comprenait pas, à ce moment, que l'intérêt des créanciers méritait d'être protégé et qu'il fallait tenir compte des circonstances qui mettaient le débiteur dans l'impossibilité de satisfaire à ses engagements. L'insolvable pouvait être digne d'indulgence dans l'intérêt bien compris des créanciers. Il fallut que les idées italiennes pénétrèrent peu à peu en France, pour qu'on arrive à comprendre ces choses. C'est dans le règlement « lyonnais de la place des changes », du 2 juin 1667, que se dessine pour la première fois en France l'influence des idées italiennes. C'est le premier texte français qui s'occupe des intérêts des créanciers et de celui du débiteur, mais il est probable que ce fût là la réglementation des usages déjà existants ². L'institution d'une procédure de faillite généralisée ne se rencontre qu'avec l'ordonnance de 1673, sur le commerce terrestre, dont le titre XI, comprenant treize articles, donne une réglementation assez brève et pleine de lacunes. Le principe du dessaisissement du débiteur n'était énoncé nulle part,

1. Fremery, *Etudes de droit commercial*, p. 350 et suiv.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit romain*, t. VI, p. 5 et suiv.

quoique admis en pratique. On n'exigeait pas non plus un jugement déclaratif de faillite pour que les effets se produisent. Lorsqu'il y avait un arrangement entre le débiteur et ses créanciers, aucune surveillance n'était exercée par l'autorité judiciaire. La répression était sévère, trop sévère, mais aussi trop indulgente¹, en ce qu'on ne distinguait que deux situations : la faillite et la banqueroute frauduleuse. Lorsqu'il s'agissait de la première, donc lorsqu'il n'y avait aucune fraude, on se montrait indulgent du point de vue répressif, alors même que le failli aurait pu commettre des actes ou des imprudences conduisant à l'aggravation de sa ruine. Lorsque, par contre, il y avait fraude, la sévérité était poussée à l'extrême, la sanction était la peine de mort, mais avec cette atténuation qui se rencontre dans la plupart des cas lorsque la peine est trop sévère, qu'on ne l'appliquait pas.

Plusieurs modifications ont été apportées à l'ordonnance de 1673, d'abord par la déclaration de septembre 1702. Dans l'ordonnance, on prévoyait (art. 4) l'annulation de tous les transports, cessions de créances, ventes ou donations, faites en fraude des droits des créanciers. L'annulation n'était possible qu'à condition de prouver la fraude, ce qui, en fait, était fort difficile. Par la déclaration de septembre, on institue le système des nullités, que nous connaissons dans la faillite de nos jours, et, avec elles, la période suspecte. On annulait « ... tous cessions ou transports sur les biens des

1. Lyon-Caen et Renault, t. VI.

marchands s'ils sont faits dix jours auparavant au moins avant la faillite publiquement connue ».

La deuxième modification a été apportée par la déclaration du 11 janvier 1710. Elle instituait la vérification des créances et leurs affirmation après vérification.

Vers la fin de l'ancien régime, on commençait à se préoccuper de la réforme de la faillite ainsi que de toute la législation commerciale.

SECTION II

DE LA RÉVOLUTION A LA GRANDE GUERRE

§ 1. — *La Révolution.*

Avec la Révolution, les idées humanitaires pénétrèrent dans la législation. On commença d'abord par abolir la contrainte par corps (1793). Cette mesure fut mise en discussion par l'Assemblée Constituante de 1791, mais n'aboutit pas, par crainte de porter atteinte au crédit commercial. La loi de 1793 n'eut pas une longue vie, elle fut abolie par la loi du 24 ventôse an V, complétée elle-même par celle de germinal an V, rétablissant la contrainte par corps.

Sous la Révolution, on vit toute une série de tractations scandaleuses qui se poursuivirent jusque sous le Directoire. Ceci détermina l'élaboration d'un premier projet de loi sur la faillite, qui n'aboutit pas. Pour mettre fin à tous ces agissements, un second projet, très sévère, fut rédigé, au point que la fraude était érigée en présomption.

Nous sommes sous l'Empire. L'empereur intervint lui-même dans la discussion du Conseil d'Etat du 28 juillet 1807. Le Code de commerce fut promulgué finalement le 22 septembre 1807 et entra en vigueur le 1^{er} janvier 1808. Avec le Code de commerce, un important changement s'opère sur deux points : dans l'ancien droit, la faillite était un fait pénal, donc de la compétence des tribunaux du roi, les rigueurs de la loi étaient appliquées aussi bien à l'insolvable commerçant qu'à l'insolvable non commerçant. Désormais, la faillite est de la compétence des juges consulaires, ensuite elle ne s'applique qu'aux commerçants. Le trait essentiel de la loi était la présomption de mauvaise foi ; tout commerçant faisant faillite commençait par être incarcéré¹, sans distinction entre le commerçant de bonne ou de mauvaise foi. Si l'absence de toute mauvaise intention était reconnue, le commerçant arrivait à se disculper, la liberté lui était rendue.

Sous le régime de l'ordonnance de 1673, la femme du failli avait le droit de reprendre ses biens, c'était un moyen facile pour dissimuler les sommes de l'actif. Pour mettre fin aux abus de cette sorte, on voulait que la femme n'eut plus le droit de reprendre ses biens. Cet excès de sévérité n'avait pas eu que de bons résultats. Les faillis, avant de laisser voir leur situation, dissipaient tout, puis ils prenaient la fuite ou se suicidaient ; avec cela, les intérêts des créanciers n'étaient pas plus

1. D'après l'ancien article 455, Code de commerce, le jugement déclaratif prévoyait nécessairement l'incarcération du failli.

sauvegardés. D'autre part, la fraude n'était pas toujours sanctionnée, la sanction étant trop forte, on ne l'appliquait pas. La procédure était compliquée, elle occasionnait des frais et des lenteurs. Le syndic était pris parmi les créanciers. Or, ceux-ci n'étaient pas toujours disposés de se charger d'une tâche aussi difficile et aussi délicate.

La réforme commença à être envisagée à la suite de multiples réclamations. La mise en étude fut décidée en 1827, mais n'aboutit que onze ans plus tard. M. de Peyronet, en ce temps Ministre de la Justice, fit parvenir aux tribunaux, aux cours et aux chambres de commerce une circulaire afin de connaître leur point de vue et leurs observations motivées sur les modifications qu'on se proposait à apporter à la législation de la faillite. En 1833, une Commission, dans laquelle figuraient des juristes éminents — Sauzet, Renouard, Tripiér, Dalloz, Dufaure — fut chargée, au Ministère de la Justice, de préparer un projet. Le vote de cette loi n'aboutit que très tard sous la monarchie de Juillet, au moment où les commerçants et les industriels avaient un rôle prépondérant dans le gouvernement. Ce fut le 28 mai 1838 que la loi vit le jour. Elle nous apparaît encore fort sévère, mais à l'époque et par comparaison aux dispositions initiales du Code, on la considérait clément. Elle atténuait sensiblement le caractère répressif de la loi de 1807. En plus, la nouvelle loi voulait une procédure plus rapide. Désormais, ce serait un syndic étranger à la faillite qui s'occuperait de l'administration et de la liquidation de l'actif. A partir de ce moment,

on a pris l'habitude de les choisir parmi les mandataires professionnels. Le débiteur qui déposait son bilan à fin de faillite, dans les délais voulus, n'était plus contraignable par corps. Suivant la loi de 1838, ce débiteur pouvait obtenir du tribunal un sauf-conduit qui le dispensait de l'emprisonnement. Des modifications postérieures furent apportées à cette loi, tant directement qu'indirectement. Une des plus importantes fut celle de la loi du 22 juillet 1867 abolissant la contrainte par corps, tant en matière civile que commerciale. Désormais, le commerçant n'avait plus d'intérêt à déposer son bilan pour se mettre à l'abri des rigueurs de la loi, le dépôt du bilan n'ayant plus aucune conséquence favorable pour lui, il continuait le plus souvent à poursuivre ses opérations jusqu'au complet épuisement.

Les intérêts des créanciers étaient en danger, les faillites, pour insuffisance d'actif, se multipliaient. Il fallait trouver quelque chose pour donner une prime au commerçant soucieux d'arrêter lui-même la marche de ses affaires avant d'avoir tout dissipé. C'est à partir de 1870 que la question commença à se poser. La crise, qui avait sévi à la fin du second Empire, avait conduit le gouvernement d'alors à prendre des mesures extraordinaires pour sortir d'embarras le commerce et l'industrie. Mais ce n'était là que des mesures temporaires autant qu'exceptionnelles, que nous allons examiner. Ces mesures furent prises, pour la première fois, à la suite de la crise de 1847-1848.

§ 2. — *Mesures exceptionnelles prises en faveur des débiteurs au cours du XIX^e siècle avant la loi du 4 mars 1891*¹.

I. *La crise de 1847-48.*

C'était à l'époque de la construction des chemins de fer, les compagnies se formèrent. Le succès de quelques-unes autorisa de grands espoirs, mais les lignes nouvelles mises en construction engouffrèrent des sommes énormes dépassant de beaucoup les prévisions². A cette crise économique vint s'ajouter la crise politique. Le gouvernement de la monarchie de Juillet fut renversé le 24 février 1848. La Révolution ne pouvait qu'aggraver la crise dont la France se ressentait déjà. Une panique s'ensuivit, les guichets de la Banque de France virent le public se précipiter et le gouvernement dut intervenir. Le décret du 15 mars 1848 donnait cours forcé aux billets de banque et autorisait la Banque de France à augmenter son émission jusqu'à concurrence de 3 50 millions de francs, les coupures ne pouvant pas être inférieures à 100 francs.

L'incertitude était générale, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur ; à l'intérieur, changement de régime à la suite d'un coup de force ; à l'extérieur, une situation internationale trouble. L'âme de la révolution flottait dans l'air, tout un monde à la recherche d'une organisation politique nouvelle se mettait en branle. Ceci,

1. Voir à ce sujet, Trasbot, *Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919*, thèse, Bordeaux, 1922 et Herbulat et Thernoff, *Le règlement transactionnel pour cause de guerre etc., loi du 2 juillet 1919*.

2. Lescure : *Les crises générales et périodiques de surproduction*, 2^e éd., 1910, p. 43 et s.

plus que la crise économique, imposait des mesures exceptionnelles pour parer à la tension entre créanciers et débiteurs. La crise elle-même a été de courte durée et elle n'avait pas conduit à un dépérissement des richesses, mais l'incertitude générale empêchait qu'on retrouvât sur le marché leur véritable valeur. Le 20 mars 1848, le gouvernement intervint par un décret en faveur des débiteurs, en autorisant les tribunaux d'accorder de sursis, sous certaines conditions, et en prolongeant des trois mois les délais de paiement. Mais les choses n'allèrent pas plus loin. Quelques mois plus tard, deux projets furent déposés sur le bureau de l'Assemblée par deux de ses membres : Dupont de Brissac et Jules Favre. Ces deux propositions représentaient des tendances opposées et le décret qui fut finalement pris par le gouvernement était une transaction entre les deux.

*La proposition Dupont de Brissac*¹ sur le concordat amiable était la plus importante par son étendue. Elle comprenait quinze articles. D'après celle-ci, le débiteur saisissait le tribunal par une requête — mais lui seul pouvait le faire et sous condition d'être malheureux et de bonne foi. Le tribunal nommait trois arbitres, auxquels s'ajoutaient deux autres, pris parmi les créanciers, sur une liste que les trois premiers présentaient au tribunal. Ainsi se trouvait instituée une commission arbitrale de cinq. Une publicité par voie de presse précédait la réunion de cette commission, devant laquelle se retrouvaient débiteur et créanciers, afin d'arriver à

1. *Moniteur Universel*, 12 août 1848.

une entente. Le débiteur faisait ses propositions et les créanciers étaient en droit de demander des explications ou de faire opposition lorsqu'il y avait fraude de la part du débiteur.

Ceux qui décidaient finalement n'étaient pas les créanciers, mais la commission arbitrale, les créanciers y étaient représentés, mais ils étaient en minorité. Si l'entente arrivait à s'établir, le tribunal de commerce était saisi afin d'homologation ; il avait la latitude de l'accorder ou non. Les suites du rejet ou de l'annulation étaient suivies des sanctions qui n'étaient ni plus ni moins que la poursuite pour banqueroute frauduleuse.

*La proposition de Jules Favre*¹ représentait l'autre tendance. Ceux qui décidaient étaient les créanciers, qui devaient voter le concordat par une majorité de deux tiers en nombre, le tribunal de commerce avait le rôle d'un simple organe enregistreur. Il pouvait refuser l'homologation pour cause de fraude. L'homologation ne pouvait pas être attaquée par voie d'appel. Il n'y avait que la voie de l'opposition qui était ouverte aux créanciers non adhérents et cela pendant un mois.

Ces deux propositions, ayant des principes différents, avaient ceci de commun qu'elles tendaient à mettre sur pied une législation toute différente de la faillite. Dans l'une et dans l'autre, il n'y avait pas de publicité faite à l'instar de celle de la faillite (dans la proposition de Jules Favre, il n'en était même pas question), pas de jugement déclaratif, pas de dessaisissement, ni de

1. *Moniteur Universel*, 9 juin 1848.

syndic administrateur ou surveillant, pas de bilan régulier, pas de procédure de vérification de créances.

Aucune de ces deux propositions ne devait aboutir. Dans les commissions de la Chambre, elles ne furent pas vues partout d'un bon œil. La Commission de législation désigna comme rapporteur le professeur de « Code de commerce » à la Faculté de droit de Paris, Bravard Veyrières, lequel adopta le point de vue des grands établissements de crédit et prit nettement position contre les nouvelles idées¹. Il conclut au rejet de ces innovations en ces termes : « ... Non, ce n'est pas le moyen ; il n'y en a qu'un, c'est le rétablissement du crédit, et vous le ferez fuir avec vos mesures, car elles détruiront la confiance et mettront les créanciers à la merci des débiteurs. »

La Commission du commerce et de l'industrie se montra plus favorable aux solutions nouvelles en parlant des principes suivants : la Révolution de février avait troublé profondément le commerce, au point qu'on pouvait considérer qu'il y avait là un cas de force majeure qui justifiait des mesures exceptionnelles ; en fait, il était très difficile d'arriver à une entente entre créanciers et débiteurs, lorsqu'il fallait réunir l'avis favorable de l'unanimité des premiers. En dehors de cela, les débiteurs en cessation de paiement, fort nombreux², se trouvaient être eux-mêmes, fort souvent, des créanciers, et, dans ce cas, ils ne pouvaient pas

1. *Moniteur Universel*, 12 août 1848.

2. On estimait le nombre des faillites à déclarer en France, à près de 25.000. Discours du député Besnard à la séance du 17 août 1848, cité par Trasbot *op.cit.*, p. 11, note 2.

consentir à un arrangement amiable ; il fallait, par conséquent, trouver la solution permettant de conclure des ententes avec la majorité ; il fallait ensuite tenir compte de ce que, en procédant à la liquidation en masse de l'actif des commerçants, on risquait d'empirer les choses en jetant sur le marché une grosse quantité de denrées et marchandises ; c'eût été avilir les prix et compromettre ainsi ce qui restait de l'actif des commerçants défaillants et, par là, anéantir le gage des créanciers ; d'autre part, c'eût été une atteinte au commerce sain, lequel n'aurait pas pu résister à une pareille concurrence. Ces mesures exceptionnelles devaient être, en quelque sorte, des mesures conservatoires. Elles étaient destinées à faire renaître la confiance et à présider ainsi à la reprise des affaires. La Commission du commerce et de l'industrie rédigea un projet qui différait un peu des précédents. Suivant ce projet, la commission arbitrale n'existait plus. Son rôle était attribué au tribunal de commerce. La majorité exigée était non plus en nombre, mais en somme, trois quarts des créances. Pas de dessaisissement, le débiteur restait à la tête de son commerce¹.

La Commission de législation avait elle aussi son projet. Malgré l'opinion de son rapporteur, elle estima la situation assez grave et rédigea un projet des plus brefs qui finit par se traduire dans la première proposition du décret des 22-26 août 1848, relatif au « concordat amiable ». Cette dénomination n'est d'ailleurs

1. *Moniteur Universel*, 12 août 1848.

pas tout à fait exacte. Les principes étaient les suivants : la faillite est maintenue avec toute sa procédure, le livre III du Code de commerce continuait à régir la cessation de paiements, mais celles survenues depuis le 24 février de l'année 1848 ne devaient plus recevoir la qualification de faillite, et le débiteur n'encourait plus de déchéance qui si le tribunal refusait l'homologation ; le débiteur pouvait traiter au préalable avec ses créanciers, s'il obtenait l'adhésion de la majorité de ceux-ci représentant trois quarts des créances ; le tribunal avait la faculté de le dispenser de l'apposition des scellés et de l'inventaire judiciaire. De plus, il gardait l'administration de ses biens, sous la surveillance d'un syndic et d'un juge-commissaire.

Dans cette procédure, une partie échappait au contrôle du tribunal, c'était cette procédure préparatoire aboutissant à l'entente du débiteur avec ses créanciers.

Les tribunaux firent une large application de ces mesures, ce qui amena le rapporteur de la Commission de législation, Bravard Veyrières à faire des critiques sévères¹. Dans son esprit, le décret n'était qu'une réhabilitation simplifiée qui ne devait s'appliquer qu'aux commerçants pouvant payer la totalité de leurs dettes et non pas à ceux offrant un simple dividende.

C'est la première fois, dans l'histoire de la législation de la faillite, qu'on trouve une mesure exceptionnelle rappelant ce que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de concordat préventif. L'ordonnance sur le com-

1. Observation sur l'application du décret du 22 août 1848, relatif au concordat amiable, D., 1848-4-151.

merce terrestre avait été suspendue à raison des événements ; cette fois-ci, on imagina cette entente préalable à la procédure de faillite destinée à y apporter des modifications. On alla même plus loin, car les propositions de Dupont de Brissac tendaient à une loi définitive. En examinant de plus près les propositions de la Commission du commerce et de l'industrie — qui a emprunté ses principes au décret — on s'aperçoit qu'on n'était pas très loin de ce que la loi du 4 mars 1889 est venue faire sous le nom de liquidation judiciaire.

II. — *La crise de 1870-71.*

Les années suivant l'avènement du second Empire n'allaient nous apporter aucun intérêt pour une institution préventive de faillite. Le régime impérial rassurait les esprits et donnait un grand essor au commerce, une politique douanière libre-échangiste le favorisait encore, la prospérité renaissait. C'était la grande époque des sociétés par actions, on en voyait surgir de tous côtés, et si le jeu des impôts n'était pas venu mettre un frein à cet élan, qui entre autres avantages avait celui de rendre la fraude fiscale facile, les sociétés en nom collectif n'auraient aujourd'hui qu'une bien modeste place. La faillite de ces grandes entreprises n'était pas pour émouvoir le gens ; les administrateurs, en tant que mandataires, ne payaient que de leur réputation, rarement de leur personne. La contrainte par corps vivait ses derniers jours. Les circonstances ne concouraient pas à mettre sur le tapis la question d'une mesure exceptionnelle ou d'une institution à titre permanent en dehors de la faillite.

Avec la guerre de 1870, les choses changent, on sentit la nécessité des mesures d'exception et, dès le début, le gouvernement de la Défense nationale remit en vigueur, par un décret du 7 septembre 1870, le décret des 22-26 août 1848. La guerre finie, les discussions commencèrent autour de cette question, pour aboutir à la loi du 22 avril 1871¹, qui ne faisait que reproduire les articles 2, 3 et 4 du décret de 1848. Par des prorogations successives, cette loi resta en vigueur jusqu'au 13 mars 1873.

§ 3. — *La liquidation judiciaire.*

La crise de 1870 passée, on pensa sérieusement à la réforme de la faillite. Il s'agissait de donner au débiteur qui déposait lui-même son bilan, un avantage sensible par rapport à celui qui se laissait déclarer en faillite. La situation créée par l'abolition de la contrainte par corps incitait les commerçants en difficulté à essayer l'impossible pour trouver une issue, car déposer le bilan en temps utile ne présentait plus aucun avantage. Généralement, le commerçant entamait des pourparlers avec ses créanciers, consentait des avantages aux uns par rapport aux autres, créait des inégalités et, par là, des animosités et des mécontentements. Il était, en effet, fort difficile d'arriver à une entente avec tous les créanciers, en les traitant tous de la même façon, avec le respect de l'égalité. Les plus exigeants extorquaient du débiteur des avantages plus forts que les autres. Il en

1. *Journal Officiel*, 20 décembre 1871.

résultait que, ou bien le débiteur n'arrivait pas à satisfaire à ses nouveaux engagements, et la faillite s'ensuivait, ou bien, s'il payait, les créanciers les moins avantagés ou ceux qui croyaient l'être, se montraient récalcitrants, et c'était encore la faillite. Pendant ce temps, la débiteur, tiraillé de tous côtés, effrayé par l'état de ses affaires, se lançait dans des opérations hasardeuses, faisant des actes que le désespoir lui commandait. Son actif se volatilisait, et lorsque la faillite était déclarée, il n'y avait plus rien à l'actif de son bilan. Ainsi se trouvait-on très souvent devant une ordonnance de clôture pour insuffisance d'actif.

A cette situation, on cherchait un remède en facilitant au commerçant aux abois d'obtenir un arrangement amiable et rapide avec les créanciers, lui permettant de reprendre son négoce le plus tôt possible, en lui évitant ce qu'il craignait par dessus tout : les déchéances et la publicité.

Le rapporteur Larose faisant cette constatation ajoutait que : « Le législateur doit tenir compte de cet état d'esprit qui est incontestable... Il faut que la procédure ne reçoive pas une publicité mortelle pour l'avenir du commerçant qui la subit. Il faut qu'il rentre dans la société sans flétrissure ; que le public le considère comme ce qu'il est en réalité, un débiteur malheureux et non coupable, dont on attend un effort ultérieur vers la réhabilitation »¹.

1. Rapport à la Chambre des Députés, *Doc. Parl. Ch. d. Dép.*, 1884, p. 228. Annexe, 3632. Ce rapport fait un exposé très clair de la situation et dessine les traits qu'aurait dû avoir la loi sur la liquidation judiciaire.

Mais l'obtention du bénéfice de l'institution qu'on allait créer, ne devait être accordée au débiteur qu'à la condition du dépôt rapide du bilan, et ne devait lui être maintenu qu'à la condition de l'obtention d'un concordat. Donc, pas de concordat, pas de régime de faveur. Ce n'est pourtant pas à cela que la loi du 4 mars 1889 aboutit. Au lieu d'une publicité restreinte, une publicité pareille à celle de la faillite fut maintenue. La procédure simplifiée, mais encore assez compliquée, comportant au moins trois assemblées de créanciers convoquées de la même façon que les assemblées de faillite. Il n'a pas été assez tenu compte des intérêts des débiteurs. On voulait que ceux-ci sortissent indemnes de cette procédure et qu'ils reprissent leurs affaires entourés de l'estime publique et considérés non pas comme des faillis, mais, comme des hommes qu'il faut plutôt avoir en pitié que de blâmer.

Or, par la publicité donnée à la liquidation judiciaire et si souvent réitérée, il arrivait justement qu'on leur nuise plus qu'on ne leur fasse de bien. En somme, ce qui est à reprendre — et nous allons nous occuper de cela — ce n'est pas la publicité elle-même, car on ne peut pas mettre sur pied une procédure comportant des incapacités, sans avertir les tiers, mais la façon de faire cette publicité. La liquidation comportait, ensuite, des déchéances, moins de déchéances que la faillite certainement, mais des déchéances quand même ; le débiteur perd l'électorat, il ne peut plus entrer au Parlement et s'il y est, il est considéré démissionné. De même pour tout ce qui concerne les assemblées professionnelles. D'autre part, le débiteur perd son droit d'accéder aux fonctions

publiques. Dans l'esprit du rapporteur à la Chambre, la liquidation judiciaire devait être pratiquement quelque chose comme un concordat préventif de faillite. Il n'en est pas ainsi, le bénéfice de la liquidation judiciaire peut rester acquis au débiteur alors même que les créanciers ne lui témoignent pas assez de confiance pour lui accorder des délais ou une remise.

Il serait toutefois injuste de ne trouver que des inconvénients à cette loi, il faut signaler, rien que pour lui rendre justice, les avantages les plus appréciés qu'elle présente. La procédure reste plus rapide que celle de la faillite ; puis il y a un grand avantage pour le débiteur : celui de ne pas se voir dessaisi. On n'a pas manqué de faire remarquer, qu'une des causes les plus importantes, pour lesquelles les commerçants, au-dessous de leurs affaires, craignaient tant la faillite et se gardaient tant de déposer leur bilan était, avant la loi de 1889, le dessaisissement. Par-dessus le déshonneur commercial, le débiteur se trouvait privé des moyens d'existence lui et sa famille et il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il cherchait à éloigner autant que possible ce pénible moment.

Etant donnée l'exigence du dépôt rapide du bilan à fin de liquidation judiciaire, les dividendes sont plus élevés que pour la faillite et c'est encore assez rare qu'une liquidation soit close pour insuffisance d'actif, alors qu'en matière de faillite cela est très fréquent. Enfin, le concordat est plus fréquemment et beaucoup plus facilement voté par les créanciers à un commerçant en liquidation judiciaire, car dans ce cas la reprise des af-

faïres et la continuation du commerce a plus de chance d'être menée à bien.

Malgré ces avantages, la conclusion reste la suivante : la liquidation judiciaire présente beaucoup trop d'analogie avec la faillite, à un point tel que le profane ignorant les modalités de détail perceptibles aux juristes, et se fiant uniquement aux apparences, ne distingue pas facilement l'une de l'autre. « Cette confusion explique que la liquidation judiciaire n'ait pas été et soit de moins en moins, contrairement à ce qu'on avait espéré, l'objet d'une préférence de la part des commerçants en difficulté »¹.

Au moment où la loi du 4 mars 1889 a été votée, le concordat existait déjà en Belgique, non plus à l'état de loi provisoire, mais depuis deux ans à titre définitif. Le législateur français n'a pas cru bon de l'adopter, quoique dans les esprits, la loi qu'on allait faire, devait être quelque chose de semblable. Ceci a été d'ailleurs remarqué et la conclusion a été tirée, que ce n'est pas sans raison sérieuse que le législateur de 1889 s'est éloigné du principe de la loi belge. L'explication se trouve dans la série d'événements qui précédèrent le vote de la loi. C'était la veille de l'affaire de Panama², ce qui eut une grande influence sur l'élaboration de la loi. Le 12 décembre 1888, eut lieu l'émission qui provoqua tant de bruit connue sous « l'émission de l'agonie ». L'échec accula les administrateurs à la cessation des

1. Brack, *Annuaire de la Société d'Etudes législatives*, 1924.

2. V. sur ce sujet Henry Robert, *Les grands procès de l'histoire*, série X, p. 171 et suiv.

paiements ; force leur fut d'en venir à déposer leur bilan. Le problème se posa d'abord pour savoir quelle était la nature juridique de la société. Serait-ce une société civile ou une société commerciale ? C'est en envisageant cette seconde alternative que les auteurs de la loi pensaient pouvoir apporter un changement à la marche de l'affaire qui s'ouvrait. Aurait-on considéré la société comme civile, la loi n'aurait rien pu changer, car la liquidation judiciaire, tout comme la faillite, devait être un régime s'appliquant exclusivement aux commerçants. Aurait-on, par contre, jugé que la Compagnie de Panama serait une société commerciale, la nouvelle loi, par des dispositions bien aménagées, aurait pu faciliter une gestion commerciale surveillée de près. On aurait aimé voir un dessaisissement partiel et une administration commerciale s'installer à la direction de la Compagnie¹, et remettre par là de l'ordre là où il n'y en avait plus. Sous l'empire des préoccupations de cette sorte, on étudia la loi qui était déjà en chantier. Mais toute cela ne devait aboutir à rien, car la justice trouva qu'il s'agissait d'une société civile et non pas d'une société commerciale. Le Tribunal civil de la Seine prononça la dissolution de la société en la considérant comme civile, le but de la société étant d'ouvrir une nouvelle voie de communication, de l'exploitation de laquelle elle devait percevoir des redevances fixes. Ce n'était pas une industrie de transport d'après l'avis des juges civils. Quoique la société exploitait le « Panama rail-road », c'était la mise en valeur d'une

1. Troullier, *L'Economie nouvelle*, mars 1932, p. 153.

chose immobilière, donc une affaire purement civile. Telle n'était pas l'opinion du tribunal de commerce : celui-ci se déclara compétent et jugea l'affaire. Contre ce jugement fut interjeté appel. L'arrêt du 8 mars 1889 décida du caractère de l'exploitation ; on décida qu'il s'agissait d'une société civile¹.

SECTION III

LE RÉGIME DE GUERRE ET LE RÈGLEMENT TRANSACTIONNEL

§ 1. — *Le régime transitoire de guerre.*

Le régime de la faillite et de la liquidation judiciaire, bien que modifié pendant la guerre, n'a pas été suspendu, du moins en ce qui concerne la procédure.

Le décret du 21 août 1914² ne fit qu'arrêter l'engagement de toute instance en déclaration de faillite, ou la poursuite d'une pareille instance déjà engagée, contre les citoyens présents sous les drapeaux (art. 1^{er}). A tous les autres commerçants, non mobilisés ou démobilisés, ne bénéficiant pas d'un régime de moratorium, la procédure de faillite et de liquidation judiciaire était applicable, avec cette atténuation, que la cessation des paiements ne recevait pas la qualification de faillite, lorsqu'elle était postérieure à la date du 31 juillet 1914, à l'exception de certains cas ; c'était ainsi lorsque le

1. Sirey, 1889-II-225.

2. Herbulot et Tchernoff, *op. cit.*, p. 41.

tribunal refusait l'homologation du concordat ou lorsque la procédure était close pour insuffisance d'actif, ou lorsque en l'homologuant, le tribunal en déclarait le débiteur affranchi de la qualification, de faillite.

Il y a ici l'influence des décrets que nous avons déjà rencontrés lors de la crise de 1848 et 1870. La guerre n'est pas considérée comme un cas de force majeure, il n'y a donc pas lieu d'arrêter le cours des faillites, on se contente de ne pas les qualifier. Le même décret apportait un changement quant à la liquidation judiciaire.

Le décret du 24 août autorisait le commerçant à demander le bénéfice de la liquidation judiciaire, alors même que le délai de quinze jours imposé par la loi du 4 mars 1889 était passé. Le même décret décidait que les délais prévus par le Code civil pour la faillite, ou pour la liquidation judiciaire, tant en ce qui concernait la convocation des créanciers aux différentes assemblées, que la production des créances, n'auront pas d'application ; le tribunal appréciait, à raison des circonstances, et fixait ces délais pour chaque cas (art. 4).

Il fallait en effet tenir compte des créanciers mobilisés, ainsi que des débiteurs, des communications difficiles, enfin des perturbations de toute sorte survenues dans la vie commerciale, toutes de nature à créer un sérieux obstacle à la marche normale d'une procédure de faillite et de liquidation judiciaire. Le décret ne fixait pas l'étendue de ses effets dans le temps, il y était dit uniquement « jusqu'à une date qui sera fixée ultérieurement » et qui a été celle de la loi du 24 octobre 1919, portant fixation de la cessation des hostilités. Cette

même loi étendait l'application de l'article 1244 du Code civil aux affaires, tant civiles que commerciales mais elle devait prendre fin au bout d'un an, pour les matières commerciales. Ces délais de grâce étaient accordés par le président du tribunal civil, statuant par voie de référé et rendant jugement exécutoire, nonobstant appel.

Lorsque la fin des hostilités advint, l'heure d'une liquidation générale s'annonçait et cette liquidation, d'après toute prévision, promettait d'être sobre autant qu'inévitable. Aussi de bons esprits se préoccupèrent bien avant la fin des hostilités de la solution à donner au problème. Une fois les hostilités finies on essaya de mettre fin aux décrets instituant les moratoria, mais on continua par maintenir quelques uns d'entre eux ; ainsi le décret du 29 décembre 1918 dans son article 11, prolongea le régime du moratorium pour les débiteurs mobilisés, pour ceux démobilisés depuis le 1^{er} décembre 1918 et pour ceux renvoyés dans leurs foyers pour blessures ou maladies etc. depuis le 1^{er} août 1914, on en cas de décès pour les héritiers, à raison des obligations contractées par leur auteur. Ce n'était pas un remède, c'était un palliatif. La prolongation avait lieu pour 90 jours francs, avec faculté, pour le débiteur, de demander au président du tribunal de commerce le renouvellement de ces délais, ou au tribunal lui-même, lorsque les poursuites étaient commencées.

Le règlement transactionnel.

Dès 1915 on se demandait ce qui allait arriver une fois le régime des moratoria fini. On s'occupa en premier

lieu des sociétés ayant émis des obligations et bénéficiant du décret du 24 août 1914¹. On envisageait la constitution de sociétés d'obligataires, lesquelles se chargeraient de traiter avec la société émettrice. Ces propositions ne passèrent pas sans critique, mais elles firent tache d'huile et ceux-là mêmes qui les critiquaient, finirent par les adopter et les étendre non seulement aux sociétés ayant émis des obligations, mais à tous les commerçants, car le problème était notamment de trouver une solution ou un régime de transaction, pour tous ceux qui avaient bénéficié des moratoria. D'aucuns préconisaient tout simplement l'introduction du concordat préventif belge ; cela donna lieu même à une proposition déposée le 10 mars 1916, par le sénateur de la Gironde, M. Chastenet². Mais on n'était pas encore prêt d'aboutir à une pareille solution. Il a fallu attendre l'armistice du 11 novembre 1918, pour que la question redevienne à l'ordre du jour. A la Chambre des Députés, on déclara l'urgence, ce qui fit que trois jours plus tard la discussion du projet commença, mais sous un titre différent. Ce n'était plus du concordat préventif qu'il s'agissait, mais du « règlement transactionnel pour cause générale de guerre entre les commerçants et les créanciers ». En effet, suivant un premier rapport déposé au Sénat par M. P.-E. Flandin, le 26 septembre 1918, il s'agissait d'un concordat préventif, mais ce n'était plus l'adoption pure et simple du concordat préventif belge. On tenait compte des discussions et opinions émises à ce sujet depuis 1915.

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 30.

2. *Doc. Parl.*, Sénat, 1916, Annexe 92.

C'est sur la base de ces idées que fut rédigé le rapport de M. Flandin et le projet devant aboutir à la loi portant institution du règlement transactionnel¹.

La discussion commença au Sénat et le tout fut voté en une seule séance. Le projet se trouvait transmis à la Chambre quelques jours après. Ici la discussion alla un peu moins vite, car ce n'était que le 3 avril 1919 que la Chambre vota le projet. Retransmis au Sénat, le projet souffrit quelques modifications, sans beaucoup d'importance, que la Chambre adopta purement et simplement et le 2 juillet 1919, le Président de la République signa le décret de promulgation portant institution du règlement transactionnel.

§. 2. — *Les principes du règlement transactionnel.*

Nous allons rappeler les grandes lignes de cette institution de courte vie, et nous allons reprendre le caractère essentiel lors de l'étude des différentes phases de la procédure du concordat préventif et des problèmes qu'il soulève. Si les souvenirs du règlement transactionnel font dresser les cheveux à pas mal de gens, il n'en est pas moins vrai que les propositions qui tendent aujourd'hui à l'introduction dans la législation d'une institution préventive de faillite, ont trouvé dans cette loi éphémère une source d'inspiration abondante. Ce qu'il faut relever, c'est que le règlement transactionnel prenait systématiquement le contrepied de la faillite. Or ceci est important à se rappeler au moment où on cherche à

1. Rapport Flandin, *Doc. Parl.*, Sénat, 1918, Annexe 370, p. 561 et *Journ. des faillites*, 1919, p. 42 et 62.

mettre sur pied une institution qui, devant sauver le commerce, en détresse pour des causes dont on ne peut pas lui faire grief, doit être l'opposé de la faillite, à un point tel, que tout le monde puisse s'apercevoir que ce n'est pas d'une faillite en miniature qu'il s'agit, mais de toute autre chose.

Si cette loi a laissé de mauvais souvenirs, ce n'est pas tant aux principes qu'il faut en vouloir, mais à leur agencement, à leur mise en œuvre. Aussi peut-on facilement concevoir que les principes, valables en eux-mêmes, puissent être repris et utilisés dans une nouvelle loi, sans que les critiques d'antan renaissent.

La loi du 2 juillet 1919 n'avait pas le nom de concordat préventif; on avait écarté cette dénomination, car, disait-on, elle rappelait trop la faillite. Mais elle n'était pas moins pour cela une loi à caractère préventif de faillite, ce dont nous allons nous occuper ailleurs. La dénomination de concordat préventif n'aurait d'ailleurs pas été tout à fait exacte, car le concordat suppose le consentement des créanciers. Or, nous allons voir que, dans certaines conditions, le tribunal pouvait accorder au débiteur le bénéfice de la loi sans le consentement et malgré l'opposition des créanciers. Ce n'était pas seulement le titre de la loi qui était changé, mais toute la nomenclature. Ainsi on appela juge délégué le juge commissaire, administrateur le syndic, jugement d'admission le jugement déclaratif et tout ceci à dessein, pour éviter toute confusion avec la faillite ou la liquidation judiciaire. Il fallait faire entrer dans les esprits qu'on était en face d'une institution nouvelle.

Le commerçant voulant obtenir le bénéfice du règlement transactionnel adressait au président du tribunal de commerce de son domicile, une requête avec, à l'appui, le bilan une liste nominative des créanciers, avec l'indication de leur domicile et éventuellement les propositions de règlement ¹. La requête devait être signée par le débiteur et rien n'indique qu'elle aurait pu l'être par un mandataire de celui-ci. Pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, la requête devait être signée par ceux des associés qui disposaient de la signature sociale, alors que pour les sociétés anonymes ou en commandite par actions, l'assemblée générale devait décider dans la forme et à la majorité requise par les statuts pour la dissolution.

La procédure était fort rapide, tout au moins en rapport avec la procédure de faillite : les délais étaient abrégés de sorte que les opérations ne pouvaient dépasser, en longueur, plus de quelques mois, ceci même dans le cas extrême où il s'agissait d'une société ayant émis des obligations ou des titres analogues.

Le président saisissait le tribunal de la requête dans les cinq jours et le jugement devait être rendu dans les trois jours. A partir de ce moment la procédure était différente, suivant qu'il s'agissait de simples créanciers ou des créanciers obligataires. C'était ici une grande innovation de la loi du 2 juillet 1919. La conséquence de la division des créanciers en deux masses distinctes

1. Il pouvait, au cas où il omettait de déposer ses propositions, lors de la requête, les déposer dans un certain délai après la clôture du procès-verbal d'admission des créances.

était une bifurcation de la procédure. D'abord en ce qui concerne la publicité, lorsqu'il n'y avait pas de créanciers obligataires, c'était le principe de la publicité restreinte qui jouait. La requête était inscrite sur un répertoire spécial tenu au greffe du tribunal; il devait contenir, en outre, toutes les décisions à intervenir avec l'indication de leur date ainsi que les indications relatives à la situation du règlement. Ce répertoire était communicable sans déplacement et sans frais à quiconque justifiait d'un intérêt. Toute autre publicité étant interdite sous peine d'amende et de dommages-intérêts, s'il y avait lieu. Les créanciers étaient avertis de l'ouverture de la procédure par les soins du greffier, à l'aide de lettres recommandées dans les huit jours suivant le jugement d'admission. Ils étaient invités à produire leurs créances dans un délai de quinzaine, soit par dépôt au greffe ou entre les mains de l'administrateur, soit par envoi recommandé. La production devait être faite par déclaration écrite et affirmée sincère. Dans le même délai et dans la même forme, les créanciers pouvaient faire contestation des autres créances, qu'ils connaissaient par la liste qui leur était envoyée lors de l'invitation à produire au règlement.

La vérification des créances était faite par l'administrateur contradictoirement avec le débiteur, dans les huit jours suivant le délai imparti pour la production des créances et jusqu'à l'expiration de ces huit jours, l'administrateur devait déposer au greffe un état des créances admises avec mention des contestations faites. Le juge délégué par une procédure rapide statuait sur

les contestations et déterminait l'admission provisionnelle de ces créances, au cas où elles n'étaient pas rejetées. Lorsque les opérations d'admission provisionnelle étaient terminées, le juge délégué ordonnait la clôture du procès-verbal d'admission. A partir de ce moment le débiteur devait, dans un délai de cinq jours, déposer ses propositions de règlement, s'il ne l'avait pas fait lors du dépôt de la requête; pendant ce même délai, l'administrateur devait déposer son rapport sur la situation active et passive du débiteur, ainsi que sur les opérations qu'il avait eu la charge d'effectuer.

Ces opérations terminées, on procédait à la consultation des créanciers, ceux-ci ne se réunissaient pas pour le vote, ils votaient par écrit. Toutefois une réunion pouvait avoir lieu sous certaines conditions. Sur l'ordonnance du juge délégué, rendue sur requête de l'administrateur, le greffier envoyait à chaque créancier, par lettre recommandée, l'extrait du rapport de l'administrateur et les propositions du débiteur l'invitant à faire connaître son opinion dans un délai que le juge était en droit de fixer. Le silence valait acceptation, contrairement aux règles adoptées en matière de faillite et de liquidation judiciaire. Les oppositions devaient être motivées.

Après la consultation des créanciers, on procédait à l'homologation et ceci dans deux cas : d'abord lorsque le débiteur ne demandait que des délais et dans ce cas le tribunal avait un pouvoir d'appréciation et pouvait homologuer, même à l'encontre des oppositions des créanciers, ensuite, lorsque les propositions du débiteur avaient

réuni les deux majorités exigées, par l'article 15 de la loi du 4 mars 1889, c'est-à-dire majorité des créanciers représentant deux tiers des créances vérifiées et admises. Au contraire, lorsqu'il y avait des oppositions, les opposants étaient convoqués en la chambre du conseil du tribunal de commerce, ainsi que le débiteur dans un but de conciliation. Le débiteur pouvait, à cette occasion, lorsque l'accord n'arrivait pas à s'établir, modifier ses propositions à condition de respecter l'égalité de traitement entre les créanciers. Lorsque l'accord n'avait pas pu s'établir sur les propositions primitives, ou s'il y avait des propositions nouvelles, les créanciers devaient être convoqués en assemblée générale. C'était là, pour la première fois, qu'ils se trouvaient réunis, mais il fallait qu'il y ait un de ces cas exceptionnels pour que cela arrive, sans quoi ils n'avaient pas l'occasion de se connaître, autrement que par la liste qu'ils recevaient au début de la procédure. Lors de cette assemblée, si les propositions du débiteur réunissaient l'une des majorités plus haut mentionnées, le tribunal pouvait procéder à l'homologation. Lorsque les propositions du débiteur ne réunissaient qu'une seule des deux majorités, et qu'il n'y avait pas d'opposition ou qu'on arrivait à une entente du débiteur et des opposants, le tribunal ne convoquait plus l'assemblée des créanciers en partant de la considération que l'une des majorités requises par l'article 12 de la loi du 2 juillet 1919 était acquise et que dès lors la convocation des créanciers en assemblée générale était inutile.

A s'en tenir au texte de la loi, telle ne devait pas être la procédure à suivre, mais la pratique de la jurisprudence

était logique et elle évitait des complications inutiles.

Le jugement d'homologation était rendu en chambre du conseil et ne devait pas faire l'objet d'autre publicité que celle prévue pour la requête à fin de règlement, c'est-à-dire inscrite sur le répertoire spécial tenu au greffe du tribunal.

Toute la procédure était en somme clandestine, ou presque. Le seul moyen de publicité, qui était le répertoire spécial, n'était communicable qu'aux intéressés. De plus, la procédure était fort rapide, les délais très courts, du fait qu'on pouvait facilement aboutir à un traité, homologué et passé en force de chose jugée, sans que ceux qui n'étaient pas intéressés à la marche de la procédure ou qui n'en étaient pas avertis s'en aperçoivent.

D'autres dispositions encore étaient appelées à rendre la procédure rapide, ainsi le jugement d'admission ne pouvait pas faire l'objet d'aucun recours et ne pouvait pas être attaqué par voie de tierce opposition. Par *a contrario* on avait admis que le jugement de refus pouvait être attaqué par le débiteur. Le jugement d'homologation ne pouvait être attaqué que par ceux des créanciers qui avaient fait opposition et qui l'avaient soutenu en chambre du conseil. Le délai d'appel était réduit à dix jours, alors qu'il est de quinze pour la faillite et la liquidation judiciaire.

Pour rendre au règlement tout son caractère d'institution d'assainissement commercial, le débiteur restait, pendant tout le cours de la procédure, à la tête de son commerce ; pas de dessaisissement, mais la continuation du commerce était subordonnée à l'autorisation du juge

délégué et soumise à la surveillance d'un administrateur. Il faut retenir que ce n'était pas d'une autorisation ou d'une assistance de l'administrateur qu'il s'agissait, mais d'une simple surveillance — du moins l'a-t-on prétendu — mais nous reprendrons la question à propos de l'administration du patrimoine dans la procédure de concordat préventif, pour voir s'il y avait véritablement une différence marquée par rapport à la liquidation judiciaire.

Lorsque le règlement transactionnel était demandé par une société ayant émis des obligations ou des titres analogues, la procédure en était différente. Dans ce cas, il s'agissait souvent des créanciers détenteurs des titres au porteur. Or, il fallait pour les atteindre, adopter une large publicité, en passant par-dessus les inconvénients que cela aurait eu vis-à-vis du crédit et de la réputation de la société débitrice. La publicité se faisait dans ce cas conformément à l'article 442 du Code de commerce. Les créanciers obligataires étaient convoqués en assemblée générale, distincte de celle des créanciers ordinaires; deux convocations à huit jours d'intervalle étaient insérées dans le *Bulletin des annonces légales obligatoires*, et en plus dans les journaux désignés, soit par les statuts, soit par l'acte d'emprunt, pour recevoir des publications relatives à la société. Si cette publicité paraissait insuffisante, le tribunal avait le droit d'ordonner une publicité supplémentaire. Il indiquait également, par le même jugement, les établissements qui pouvaient recevoir le dépôt des obligations trouvées entre les mains des porteurs à l'étranger, et les caisses où les titres pouvaient

être déposés à l'intérieur du pays. A la date et au lieu fixés par la convocation, les obligataires se réunissaient en assemblée sous la présidence du juge délégué. Pour pouvoir délibérer valablement, il fallait un quorum de porteurs, représentant deux tiers des obligations émises et non éteintes, déduction faite des obligations se trouvant entre les mains de la société. La majorité requise, disait la loi, était celle « représentant plus de la moitié des obligations émises et non éteintes ». Cette façon de s'exprimer aurait pu faire croire à la nécessité d'une double majorité, alors qu'en fait, ce qui intéressait, était la majorité en somme. Lorsque cette majorité n'était pas réunie lors de la première assemblée, le juge délégué était obligé d'en convoquer une seconde, qui pouvait délibérer valablement sans qu'il y ait eu une exigence de quorum. Les voix exprimées en faveur des propositions du débiteur, lors de la première assemblée, lui restaient acquises lors de la seconde pour le calcul de la majorité. S'il existait des sociétés civiles d'obligataires, celles-ci gardaient toutes leurs attributions en tant qu'elles n'étaient pas contraires à la loi, donc après leur avoir laissé, en principe, leurs droits et prérogatives, la loi les leur enlevait, en les soumettant aux nouvelles dispositions.

L'homologation du vote des créanciers obligataires était soumise au tribunal qui statuait par une seule décision sur le tout.

Une préoccupation du législateur de laquelle on s'en souviendra plus tard, était celle d'enrayer les tractations de toutes sortes, qui sont la plaie des faillites et des liqui-

dations judiciaires. La suppression des assemblées des créanciers ordinaires, a été faite dans le but d'accélérer la marche de la procédure et aussi dans celui d'éviter l'intervention des hommes d'affaires, trop enclins à se mêler de ce genre d'affaires et de tirer des profits mal-honnêtes. En instituant la procédure de la production et des oppositions écrites et la vérification en dehors de toute assemblée, on arrivait à éliminer, sinon tout à fait, au moins pour partie, les intermédiaires gênants, autant qu'inutiles. Pour donner plus de force à ces mesures, la loi décidait qu'un cessionnaire de créance postérieur à la date du dépôt de la requête, ne pouvait pas prendre part aux opérations autres que la vérification des créances et ce, sous sanction de nullité de toute tractation ayant pour but de tourner la loi.

Pour éviter les manœuvres de la part des sociétés émettrices d'obligations, celles-ci n'avaient pas le droit de voter, ou faire voter, avec les obligations se trouvant en leur possession, à quelque titre que ce soit, et cela sous peine de sanction pénale contre les administrateurs, allant jusqu'à l'emprisonnement.

Quant aux effets pratiques de la loi, on s'en était mépris ; on attendait d'elle beaucoup de bienfaits, mais on s'était aperçu au bout de trois ans d'expérience, qu'elle était devenue indésirable et qu'il ne fallait pas la maintenir. Dans la préoccupation du législateur, ce devait être une loi sociale, faite dans le but de sauver les créanciers anciens combattants, mais rien dans la loi n'indiquait que ceux-là seuls devaient être les bénéficiaires. Quoique dans l'intitulé de la loi on pouvait lire

qu'il s'agissait d'un règlement « pour cause générale de guerre », la jurisprudence n'en a pas tenu compte, et s'est montrée très large à l'appliquer.

Afin de ménager le crédit des débiteurs, la procédure a été rendue occulte. Rien que ceux qui pouvaient justifier d'un intérêt, étaient admis à recevoir communication du registre spécial, mais nulle part n'était indiqué quel devait être cet intérêt et qui en sera juge. Comme c'était au greffier d'en donner communication, c'était à celui-ci que revenait cette charge ingrate et pleine de dangers insoupçonnés. D'abord ce qui ne faisait point de doute, les partis étaient en droit d'en avoir communication, mais à côté de celles-ci, il y avait ceux qui auraient voulu traiter avec le débiteur. Y avait-il là un intérêt suffisamment juste pour qu'on puisse leur communiquer le registre sans s'exposer aux pénalités édictées par la loi ? Si le tiers traitait avec le débiteur en ignorant sa situation et éprouvait par cela un préjudice, était-il en droit et dans quelle mesure, à mettre le greffier en cause ? De plus, lorsque le débiteur omettait volontairement ou involontairement un des créanciers de la liste qu'il devait joindre à sa requête, quel était le sort de ce créancier ? Il y avait grand danger que ce créancier n'ait pas connaissance de la procédure, vu le secret qui l'entourait. D'une façon générale, les intérêts des créanciers n'étaient pas suffisamment protégés. On ne tenait pas compte de leur avis, lorsque le débiteur ne demandait que des délais, et lorsqu'il prenait soin d'en demander d'assez longs, cela équivalait à une réduction du capital, vu que les intérêts pouvaient ne pas courir à sa charge ou qu'il pouvait ne servir que des intérêts réduits.

Mais ce qui a provoqué le plus de critique et suscité le plus de mécontentement a été le côté économique. La loi a été votée en prévision d'une situation qui ne s'était pas réalisée. On s'attendait, pour la fin des hostilités, à une situation catastrophique. C'était le contraire qui se produisait. Jusqu'en 1920, les prix montèrent, les affaires connurent un essor tout particulier et ce n'est qu'à partir de la fin de cette année que la crise économique — commencée d'abord en Amérique — se ressentit. Ce n'étaient donc pas les anciens combattants qui profitèrent en premier, mais ceux qui, s'étant livrés à des opérations hasardeuses, pendant la courte époque de prospérité, se trouvaient fort gênés, lorsque la crise commença. On s'étonnait de voir des gens profiter d'une loi qui n'était pas faite pour eux, les prévisions du législateur étaient déjouées et le règlement transactionnel compromis aux yeux de l'opinion publique.

Dès la mise en application de la loi, une série de critiques s'élevèrent et eurent leur écho à la Chambre des Députés et au Sénat. Une année à peine s'était écoulée, que des projets et des propositions envisageaient des modifications. L'aboutissement fut la loi du 28 avril 1922 qui, pour avoir apporté des modifications utiles, les apportait trop tard, alors que le règlement transactionnel, dans sa teneur primitive, avait produit ses effets.

Les modifications portaient d'abord sur l'article 1^{er} de la loi. On y introduisait ce qui figurait déjà dans le titre de la loi, mais pas dans son texte ; désormais ne pouvait bénéficier du règlement que « le commerçant qui ne pouvait faire face à ses engagements pour cause générale

de guerre », ce n'était plus « tout commerçant », mais uniquement celui-là qui pouvait établir un lien de causalité entre sa situation oberrée et la guerre et ses conséquences.

Une modification de toute première importance fut apportée quant à la publicité. Le répertoire spécial devenait communicable à quiconque en demandait extrait et cela sans déplacement et sans frais. On pouvait parler désormais de la publicité effective, plus efficace encore que celle qui aurait consisté dans une inscription sur le registre de commerce. Ce qui avait énervé l'opinion publique, c'était certainement aussi le trop bon marché qu'on faisait de l'opinion des créanciers et la trop grande latitude accordée au tribunal. Le créancier ne se sentait plus maître de sa créance et effectivement il ne l'était plus. Lorsque de longs délais étaient accordés au débiteur, cela équivalait à une remise de dette, aussi la loi du 28 avril 1922 restreint-elle les conditions d'obtention du règlement, en ce qu'on ne pouvait plus désormais demander que des délais, ne dépassant pas cinq ans et le tribunal pouvait imposer au débiteur le service des intérêts moratoires dont il fixait le taux et la durée. Les créanciers reprenaient en plus un rôle prépondérant, ayant le droit de s'opposer et de refuser au débiteur, même ces simples délais. Le tribunal ne pouvait plus procéder à leur rencontre.

Au titre II réglementant la procédure relative à la société ayant émis des obligations ou des titres analogues, il y eut également quelques modifications, la requête des sociétés anonymes ou en commandite par

actions ne devait plus être conditionnée du vote de l'assemblée générale ; ce système fort lent pouvait très souvent retarder le dépôt de la requête et porter ainsi préjudice à la société. Les administrateurs délégués ou les directeurs pouvaient désormais signer la requête à la suite d'une autorisation spéciale du Conseil d'administration.

Pour éviter des lenteurs pour la prise des décisions par les assemblées des créanciers obligataires, l'exigence du quorum fut supprimée. Comme les voix favorables à la première assemblée restaient acquises à la seconde, la loi de 1922 précisa qu'il ne s'agissait de deux assemblées distinctes, mais d'une seule, la seconde étant la continuation de la première.

CHAPITRE II

PROJETS ET PROPOSITIONS DÉPOSÉS DEVANT LE PARLEMENT FRANÇAIS

La question de la réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire a continué à préoccuper les esprits après la disparition du règlement transactionnel. Des projets et des propositions ont été déposés à la Chambre ou au Sénat et certaines idées qui s'y trouvaient ont déjà donné des fruits, se traduisant dans le décret du 8 août 1935, portant modification du livre III du Code de commerce.

Parmi ces projets, on peut distinguer deux tendances : d'aucuns tendent à la création d'une institution nouvelle plus ou moins réglementée dans ses détails ; d'autres se contentent d'apporter de simples modifications à la législation existante. Nous allons exposer un point de vue, suivant lequel il n'y a pas lieu à constituer, à côté de la faillite et de la liquidation judiciaire, un troisième état d'insolvabilité commerciale. Nous allons toutefois reprendre l'exposé de ces projets et propositions, car ils peuvent contenir des idées dignes d'être retenues, pour le cas où la question de la modification

de la législation sur la faillite et la liquidation judiciaire viendrait à se poser avec plus de chance d'aboutir, qu'elle n'a eu jusqu'à ce jour.

SECTION I

PROJETS

TENDANT A LA CRÉATION D'UNE INSTITUTION NOUVELLE

Proposition de M. P.-E. Flandin sur « le concordat amiable »¹.

Cette proposition remontant à 1926, tend à créer, sous le nom de concordat amiable, un moyen de prévenir la faillite ou la liquidation judiciaire. Ce serait donc un concordat préventif de l'un ou de l'autre de ces deux états d'insolvabilité.

Ce concordat n'est pas conditionné par la cessation des paiements. L'article premier dit : « Tout commerçant sur le point de cesser ses paiements, peut obtenir de la majorité de ses créanciers un concordat amiable ». Le débiteur, qui se sent *sur le point de tomber au-dessous de ses affaires*, convoquera, par ses soins, ses créanciers ou leur proposera par des lettres ou autres moyens, un arrangement. C'est ici une affaire privée n'intéressant pas la justice. La chose se passe uniquement entre le débiteur et ses créanciers. Il faut que le débiteur réunisse la majorité prévue par l'article 15, premier alinéa de la loi du 4 mars 1889, c'est-à-dire majorité en nombre des

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés 1926, 1^{re} partie, p. 513, Annexe N° 2827.

créanciers représentant deux tiers en somme. Les créanciers n'ayant pas adhéré doivent être avisés du vote émis et du dépôt de la requête à fin d'homologation. Les majorités réunies le débiteur doit, dans les huit jours qui suivent la passation du concordat amiable, déposer au greffe du tribunal de commerce de son domicile, une requête aux fins d'homologation¹. A cette requête il doit joindre une copie de son bilan, la liste des créanciers et le traité de concordat signé par les créanciers qui auront accepté. Celui-ci doit justifier également que les créanciers non adhérents ont été appelés et qu'ils ont été avisés du résultat du vote ; il sera fait mention des créanciers n'ayant pas répondu à la convocation du débiteur.

Dans les trois jours du dépôt de la requête, le président du tribunal nommera un juge commissaire, lequel devra examiner la situation du débiteur. Il devra faire un rapport au tribunal en faisant état de toutes les contestations que le concordat amiable ait pu faire naître. Après avoir entendu le rapport du juge commissaire le tribunal convoquera les créanciers n'ayant pas répondu à l'appel du débiteur ou ayant refusé le concordat. La décision du tribunal, une fois rendue, il sera fait mention sur l'acte constatant la convention intervenue entre les parties, ainsi que sur un registre spécial tenu par le greffier. Le greffier donnera avis des homologations à tous les créanciers par simple lettre. Le registre spécial sera communiqué à tout créancier figurant au bilan sur justification de sa qualité. La décision d'homologation

1. Article 2.

peut être attaquée par les voies de recours ordinaires. Cette dernière disposition ne figure pas dans le projet même, mais elle résulte de l'exposé des motifs.

A propos de ce projet, la Fédération des Industriels et Commerçants français fit quelques observations qui ne sont pas sans intérêt, et qui, à notre connaissance, sont restées enfermées dans les dossiers de la Fédération.

Ce qui peut être le plus critiquable dans le projet, c'est le fait que les créanciers se trouvent pendant toute la procédure préparatoire, ainsi que pendant la conclusion du concordat, aux prises avec le débiteur sans qu'aucun élément vienne garantir la sécurité et la sincérité des délibérations. Ce fait est de nature à troubler la confiance. Dans de pareilles conditions, tout est possible et les débiteurs malhonnêtes ne manqueront pas d'en tirer profit, pour se faire, à l'aide des manœuvres frauduleuses, une situation leur permettant de reprendre leurs affaires sur de nouvelles bases, après avoir gaillardement jeté du lest. Ainsi la Fédération des Industriels et Commerçants français pense, qu'il serait bon que les délibérations aient lieu sous le contrôle du tribunal. Elle propose que le débiteur commence par déposer une demande au greffe du tribunal de commerce adressée au président ; celui-ci autorisera la convocation des créanciers qui sera faite par un auxiliaire du tribunal, par lettre recommandée. L'assemblée serait surveillée par un mandataire du tribunal.

A l'assemblée aura lieu la vérification des créances, et l'admission provisionnelle pourra être faite par le juge sans qu'il soit tenu de motiver sa décision. Dans

l'assemblée toujours, aura lieu la discussion des propositions du débiteur et le vote. Quant à la majorité exigée, le vœu de la Fédération est qu'elle soit de deux tiers tant en nombre qu'en somme. Il n'y aura pas de *quorum*. On ne tiendra compte que des créanciers présents ou légalement représentés.

Une conséquence importante sera attachée à l'ordonnance autorisant la convocation des créanciers. Elle entraînera de plein droit un sursis provisoire à tout acte d'exécution sur les meubles, comme sur les immeubles. De plus les inscriptions d'hypothèques ou de privilèges sur des biens du débiteur ne pourront être valablement prises ; c'est là une conséquence grave qui peut léser les intérêts des tiers lorsque ceux-ci ne sont pas avertis. Ainsi, il serait nécessaire qu'il y ait une publicité. Le vœu de la Fédération commence par dire qu'aucune publicité ne sera donnée au dépôt de la requête ni à l'ordonnance rendue, mais il ajoute aussitôt que : « mention en sera faite toutefois au *Bulletin Officiel des annonces légales* ainsi que sur le Registre du Commerce ». Il y aura, à ce qu'on voit, une publicité, réduite bien entendu, mais une publicité quand même.

Dans le vœu de la Fédération figure encore une modification importante : la non-obtention du concordat ou le refus d'homologation, l'impossibilité de s'entendre sur la composition de l'actif et du passif, ainsi que toute omission ou erreur volontaire faite par le débiteur, devait entraîner la conversion en faillite, ou en liquidation judiciaire, et dans ce cas le dépôt de la requête pourrait être considéré comme un acte déclaratif de cessation de paiements.

*Proposition de M. Emile Faure, député, sur le
concordat préventif pour les commerçants malheureux
et de bonne foi*¹.

La procédure commence par une déclaration au greffe du tribunal de commerce, adressée au président, dans les quinze jours à partir de la date où le débiteur estime ne plus pouvoir faire face à ses paiements. Le greffier en donne récépissé. A la requête, le débiteur est tenu de joindre un état de ses créanciers indiquant leurs noms, à l'exclusion de l'adresse et le bilan établi par un expert comptable bénéficiaire d'un diplôme institué par l'Etat. Ce bilan précisera la situation passive et active du débiteur et portera indication des garanties et privilèges qui pourront avoir été concédés à certains créanciers. La déclaration ne recevra aucune publicité, mais le débiteur portera à la connaissance des créanciers le fait d'avoir déposé cette déclaration, en indiquant en même temps le numéro du récépissé (art. 1^{er}). La déclaration aura pour effet de suspendre les poursuites. Cette première formalité effectuée, le débiteur, ou son mandataire nanti d'un pouvoir spécial, devra convoquer une première assemblée de créanciers, dans laquelle seront désignés deux contrôleurs parmi les créanciers les plus importants, lesquels pourront déléguer un mandataire de leur choix, avec l'agrément de l'assemblée. Dans cette même assemblée, il sera désigné un administrateur provisoire, en tenant compte de certaines

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1932, 1^{re} partie, p. 5, Annexe, N° 6123.

règles. C'est ainsi que les créanciers ne pourront choisir, pour remplir cet office, qu'un commerçant membre d'une chambre syndicale professionnelle, ou un administrateur amiable de société, ou un conseil judiciaire justifiant de son inscription comme membre d'un syndicat ou d'une association professionnelle, exigeant de leurs membres toutes garanties de moralité, de solvabilité et de capacité¹.

Le rôle de l'administrateur est d'assister le débiteur pour l'administration du fonds de commerce. Il doit procéder, en outre, à l'établissement de l'inventaire et doit faire expertiser la comptabilité par un expert pris parmi les membres d'un groupement d'experts comptables reconnus. Enfin, il doit faire procéder aux formalités nécessaires pour arriver aux propositions de concordat, sous la surveillance des contrôleurs². L'administrateur, avec l'assistance de l'expert-comptable et des contrôleurs, vérifiera les créances et établira un état définitif, lequel sera soumis à la deuxième assemblée des créanciers.

Le projet ne dit pas quand et comment aura lieu la production des créances ; mais c'est fort probablement à la première assemblée, ou pendant tout le délai s'écoulant entre cette première et la seconde assemblée des créanciers. Dans le délai d'un mois à partir de la première assemblée, l'administrateur, d'accord avec les contrôleurs, réunit par ses soins les créanciers en une deuxième assemblée qui aura lieu au tribunal de com-

1. Article 3.

2. Article 4.

merce, sous la présidence d'un juge-délégué. A cette assemblée aura lieu l'admission des créances. En cas de contestation ou du rejet d'une créance par l'administrateur provisoire, le créancier portera l'affaire devant le tribunal, qui doit statuer dans la quinzaine sur l'admission par provision. Les créanciers vérifiés prendront part aux opérations de vote sur les propositions de concordat du débiteur que celui-ci devra faire lors d'une nouvelle assemblée. Cette assemblée, qui sera la troisième, doit avoir lieu dans un délai de trois semaines à partir de la précédente, toujours sous la présidence du juge-délégué. La proposition doit réunir la double majorité en nombre et en somme du total des créances vérifiées et admises¹.

Quant au quorum, il n'en est question à aucune des assemblées, il n'est rien dit non plus quant aux créanciers absents ou abstentionnistes. Il faut supposer normalement qu'ils sont considérés votant contre les propositions. Si les propositions sont acceptées, le débiteur doit déposer au greffe du tribunal le procès-verbal dressé lors de la conclusion du concordat. Pour effectuer ce dépôt, le débiteur a un délai de trois mois à compter de la déclaration par laquelle s'ouvre la procédure.

Quelle va être la conséquence du retard du dépôt du procès-verbal ou de l'absence totale de ce dépôt ? Il faut distinguer : d'abord, il faut envisager la situation, que le projet prévoit d'ailleurs, du concordat refusé ; le tribunal doit alors d'office déclarer la faillite².

1. Article 2, alinéa 2.

2. Article 6, alinéa 3.

Il se peut ensuite que le concordat soit voté, mais qu'il y ait du retard dans le dépôt du procès-verbal, c'est-à-dire qu'au lieu de le déposer dans le délai imparti de trois mois, le débiteur le dépose beaucoup plus tard, soit que la procédure n'aboutisse pas au vote, pour une raison quelconque, soit que le débiteur, craignant le refus d'homologation, tienne à bénéficier de la suspension des poursuites aussi longtemps que possible.

Le projet ne dit pas quelle va être la sanction. Est-ce la nullité de la procédure, ou le refus nécessaire d'homologation, ou bien est-ce la déclaration en faillite ?

En cas de vote favorable, l'administrateur provisoire saisit le tribunal par une demande en homologation. L'homologation peut être refusée, dit le projet, pour cause de fraude ou de faits graves. En cas d'homologation, la mission des contrôleurs cesse, ainsi que celle de l'administrateur provisoire, mais celui-ci peut demeurer désormais commissaire au concordat pour en assurer l'exécution si les créanciers le décident ainsi.

* *

Quelle est l'idée maîtresse de ce projet ? Elle se dégage de l'exposé des motifs, dans lequel on peut lire la phrase suivante : « ... nous nous bornerons à souligner que dans l'un ou l'autre cas (à savoir en cas de faillite ou de liquidation judiciaire), les créanciers perdent la plus grande partie de leurs créances et que par la faillite et la liquidation judiciaire, le débiteur est généralement complètement ruiné ». L'auteur du projet attribue ces résultats à deux causes : la première serait la publicité trop grande

donnée à la liquidation judiciaire, (autant qu'à la faillite), qui nuit au plus haut degré au commerçant, qui en est victime ; la deuxième serait la présence d'un syndic ou d'un liquidateur judiciaire, dont la fonction est de représenter la masse des créanciers, la présence de celui-ci... « paralyse tout commerce et industrie et en fait, comme en droit, les contrôleurs sont sans pouvoir aucun pour aider la marche de l'affaire au point de vue commercial ».

Ceci explique quelques dispositions du projet. D'abord, pas de publicité, ensuite, exclusion des syndics et liquidateurs agréés par le tribunal de commerce et nomination d'un administrateur choisi parmi les commerçants ou conseils judiciaires faisant partie d'un groupement professionnel. A regarder de plus près ces deux griefs et la façon dont ils sont formulés, il est permis de concevoir quelques doutes sur leur exactitude. Ces griefs sont certainement pour quelque chose dans l'insuccès de la liquidation judiciaire, mais ce ne sont pas là les principales causes, et s'il fallait creuser au fond des choses, on verrait qu'il serait difficile de se passer des auxiliaires de justice agréés par le tribunal de commerce et encore moins de la publicité.

Le projet pêche, d'autre part, par le trop grand nombre d'assemblées de créanciers qu'il prévoit. Trois assemblées, cela fait trop de déplacements pour les créanciers et trop de lenteur dans la procédure. Dans la marche de cette procédure, il y a des points qui sont obscurs, comme la production des créances, on ne sait pas quand il faut produire et où ; on ne sait pas non plus à quel moment les contestations doivent avoir lieu. Ce ne sont

pas là de très grandes difficultés, elles seraient faciles à surmonter, mais ce sont autant de points qui peuvent jeter dans l'ambarras.

*Proposition de M. Baudoin Bugnet, député,
sur la « conciliation commerciale »*¹.

Cette proposition part de l'idée que les circonstances actuelles sont d'une gravité telle qu'il n'est pas possible d'être surmontées par les commerçants à l'aide des institutions en vigueur. Aussi faut-il, pour une période de temps assez courte d'ailleurs, créer une institution exceptionnelle se substituant à la faillite et à la liquidation judiciaire. Le projet propose l'institution d'une procédure de conciliation commerciale pour un délai d'un an, à partir de l'entrée en vigueur de la loi².

Tout commerçant « qui ne peut faire face à ses engagements est autorisé... à présenter requête au tribunal de commerce auquel ressortit son principal établissement »³.

Le président rend une ordonnance par laquelle se trouve ouverte la procédure, un juge-délégué et un administrateur seront nommés. Cet administrateur ne peut pas être un syndic ou liquidateur agréé par le tribunal de commerce. Peut donc être désigné comme administrateur toute personne, suivant la bonne inspiration du président du tribunal, à condition qu'elle ne soit pas parente du débiteur, mais le projet n'indique pas

1. *Gazette Judiciaire et Commerciale*, 13 janvier 1932.

2. Article 13 *in fine*.

3. Article 1^{er}.

jusqu'à quel degré la parenté met obstacle à la nomination de l'administrateur.

L'ordonnance produit, comme effet, l'inaliénabilité des immeubles du débiteur et du fonds de commerce, sous sanction de banqueroute simple, la suspension des poursuites individuelles des créanciers chirographaires, mais non celle des créanciers munis d'hypothèques, ou autres sûretés. Toutefois, l'administrateur peut demander au président du tribunal civil ou de commerce, suivant la nature des poursuites, un sursis jusqu'à la fin de procédure de conciliation commerciale, des exécutions commencées par ces derniers créanciers. L'ordonnance suspend, en outre, le cours des intérêts et comporte déchéance du terme pour les créanciers chirographaires seulement ¹.

Pour les créanciers ayant des sûretés réelles, il n'y a donc pas de déchéance du terme automatique, mais, au cas de danger, ils ont la possibilité de l'obtenir par un jugement rendu sur requête.

La publicité consiste dans une mention faite, par les soins du débiteur, sur le registre du commerce, dans les vingt-quatre heures de l'ordonnance, sous peine de banqueroute simple ². Vient ensuite la publicité faite lors de la convocation des créanciers qui, à part des lettres individuelles, seront avertis par des insertions dans un journal, mais un seul, désigné dans l'ordonnance présidentielle.

1. Article 3.

2. Article 1^{er} et article 9, 3^e alinéa.

Toute publicité de la convocation faite en dehors de ces prescriptions sera punie d'une amende de 1.000 à 5.000 francs¹. Cette convocation des créanciers à l'assemblée doit être faite par l'administrateur, dans les quarante-huit heures de sa nomination. La date en est fixée par le juge-délégué, mais elle doit être incluse dans les dix jours suivant l'ordonnance. Le juge-délégué préside, assisté de son greffier, avec l'administrateur comme secrétaire. La présence du débiteur est requise, sous peine d'extinction de la procédure; il ne peut s'absenter, à moins de présenter une excuse dont le juge-délégué aura à apprécier la suffisance².

Dans l'assemblée, il sera procédé à l'affirmation des créances et le juge-délégué statuera sur l'admission provisionnelle. Ensuite, le débiteur présente ses propositions de traiter, sur lesquelles les créanciers décident séance tenante. La majorité requise est celle des créanciers représentant trois quarts des créances, calculées uniquement d'après les créanciers présents ou représentés. Le droit de prendre part à l'assemblée est accordé aux créanciers ayant des sûretés, à condition d'y renoncer. Si la majorité en somme est seulement supérieure aux deux tiers, le traité ne sera adopté que provisoirement et sous réserve des oppositions, lesquelles devront être formées dans les trois jours, mais cela uniquement si le traité de conciliation commerciale n'a pas été admis de droit, ou homologué³.

1. Article 4, 2^e alinéa et article 9.

2. Article 5.

3. Article 6, 2^e et 3^e alinéa.

Il faut tirer les conclusions suivantes : lorsque la majorité obtenue est des trois quarts, le concordat est admis de droit et l'homologation doit s'ensuivre nécessairement. A la lecture du texte, on ne peut pas se rendre compte si le tribunal doit nécessairement intervenir ou non, mais de l'exposé des motifs, il résulte que lorsque la majorité des trois quarts est réunie, le tribunal n'aura pas à intervenir et, par conséquent, il n'y aura pas d'homologation, le traité de conciliation étant valable sans cette formalité. De plus, dans ce cas, il n'y aura pas lieu à opposition, car ce n'est que dans le cas où la majorité n'est que des deux tiers, que le traité de conciliation ne sera adopté que sous réserve des oppositions. La tribunal n'aura de pouvoir d'appréciation que dans ce dernier cas. Ceci n'est pas dit dans le projet, mais c'est la conséquence qui s'impose à l'esprit lors de la lecture du texte.

Si la conciliation n'est pas admise de droit ou homologuée, le débiteur retombe dans sa situation d'avant l'ordonnance d'ouverture, les poursuites individuelles recommencent. Il ne pourra solliciter d'admission au bénéfice de la conciliation commerciale qu'après l'écoulement d'un délai de six mois sous sanction de banqueroute simple¹.

Le projet prévoit, enfin, des exonérations fiscales ; en ce qui concerne la procédure, elle sera faite sur papier libre et le traité sera dispensé de tous droits fiscaux.

1. Articles 6 et 9.

*
* *

Ce projet, comme nous l'avons dit plus haut, tend à l'introduction d'un régime provisoire. Ce serait une mesure d'opportunité ayant le caractère d'une procédure sommaire, se distinguant nettement de la faillite et de la liquidation judiciaire, dans le but de permettre aux commerçants et aux industriels de sortir des embarras dans lesquels les circonstances extraordinaires de la crise actuelle ont pu les mettre.

Les préoccupations de l'auteur ont été d'abord celle de créer une procédure rapide ; dans ce but, les délais pour la convocation de l'assemblée générale des créanciers ont été abrégés et, pour que rien ne mette du retard dans l'aboutissement de la procédure, même l'intervention du tribunal a été supprimée, au cas où une certaine majorité se trouverait réunie.

En effet, il ne faut pas plus de dix jours pour voir, d'après ce projet, un traité de conciliation commerciale conclu. Cela peut être un avantage, mais aussi un inconvénient.

La publicité, tout en étant restreinte, peut être suffisante, en pensant qu'elle se fait sur le registre du commerce, ouvert à tout intéressé, mais il y a un danger en ce que cette inscription doit être faite par les soins du débiteur.

Une pensée, que l'auteur du projet appelle d'équité, lui a fait introduire des dispositions pénales assez fortes contre ceux qui cherchent à abuser de la procédure de conciliation commerciale.

*Proposition de MM. de Monzie et Pierre Cot « portant institution d'un atermoiement judiciaire et d'un règlement judiciaire en faveur des commerçants en état de défaillance »*¹.

La proposition de MM. de Monzie et Cot tend à l'introduction, à titre provisoire d'abord, définitif ensuite, à l'instar de la loi belge de deux institutions.

L'atermoiement judiciaire serait la procédure permettant à un débiteur commerçant d'obtenir des délais de ses créanciers pour le paiement de ses engagements, mais des délais uniquement. Pour obtenir le bénéfice de cet atermoiement, il faut remplir les conditions prévues par l'article 1244, 2^e alinéa, du Code civil. Le commerçant doit adresser une requête motivée au président du tribunal de son domicile et y joindre un bilan et une liste de tous ses créanciers, avec le montant des créances échues et non échues². Le tribunal nommera un juge-commissaire, lequel, assisté d'un auxiliaire du tribunal de commerce, présidera à toute la procédure. Le juge-commissaire aura droit à désigner des experts techniques, afin d'arriver à se faire une opinion aussi éclairée que possible sur la situation du débiteur³.

Dans le mois suivant cette nomination, l'auxiliaire du tribunal devra dresser un rapport sur la situation du commerçant, sur les causes de ses difficultés de paiement et sur la confiance dont le commerçant est

1. *Doc. Parl.*, 1931, Annexe, N° 5877.

2. Article 4.

3. Article 6.

digne, ainsi que sur la foi qu'on peut ajouter à ses promesses¹. Dans le même délai, il devra être établi un état provisoire de la situation active et passive du débiteur, mais le juge-commissaire a la faculté de prolonger ce délai pour la confection dudit état². Le débiteur doit formuler ses propositions, « il pourra établir toute distinction utile entre les intérêts et les capitaux dus, ainsi qu'entre les créances, suivant qu'elles sont privilégiées ou non privilégiées³. Il peut, notamment, demander des délais pour ses dettes non garanties par des sûretés ou demander des délais différents pour les différentes catégories de dettes.

La publicité sera faite d'abord par une inscription opérée par les soins du greffier sur un répertoire spécial, qui contiendra toutes les décisions à intervenir au cours de la procédure. Ce répertoire sera ouvert à tout intéressé et sera communicable sans déplacement et sans frais⁴. Ensuite, le jugement d'admission de la requête et le jugement d'homologation feront l'objet d'une publication au *Bulletin des annonces légales et obligatoires*; toute autre publicité ou reproduction des mentions, faisant l'objet d'une publicité antérieure, seront interdites sous peine d'amende de 100 francs pour chaque contravention. Une action en dommages-intérêts pourra être intentée contre le contrevenant.

Dans les trois jours à partir du jugement d'admission,

1. Article 7.

2. Article 6.

3. Article 7.

4. Article 5.

mention sera faite de ce jugement sur le registre du commerce par les soins du greffier¹.

Après le dépôt au greffe du rapport de l'auxiliaire de la justice et des propositions du débiteur, le greffier devra adresser par pli recommandé, à tout créancier, les conclusions du rapport et les propositions du débiteur². Le juge-commissaire fixe un délai pendant lequel les créanciers devront faire connaître, toujours par lettre recommandée, s'ils acceptent ou non les propositions d'attermolement. Il n'y a pas de production de créance. Ne s'agissant que de l'obtention de délai, il est inutile de produire parce qu'il n'y a pas de concours entre les créanciers. En même temps que leur réponse, les créanciers peuvent envoyer des observations ou des contestations. Le silence vaut acceptation³. Pour que l'homologation soit possible, il faut que les propositions réunissent l'adhésion — expresse ou tacite — de créanciers représentant soixante-dix pour cent des créances. Il n'y a donc qu'une majorité en somme qui est requise, mais pas de majorité en nombre.

Après l'expiration du délai imparti par le juge-commissaire aux créanciers pour faire parvenir leur réponse, le dossier sera transmis au tribunal dans la huitaine. Le tribunal a la faculté de convoquer les créanciers qui ont joint des observations, ou contestations à leur réponse, mais s'il juge cette précaution inutile, il peut passer outre et homologuer. Lorsque l'homologation

1. Article 29.

2. Article 7.

3. Article 8.

est accordée, le commerçant reprend sa liberté et continue son commerce sans autre contrôle ou surveillance. Lorsque l'homologation est refusée, le tribunal ne statue pas d'office sur l'ouverture de la faillite ou de la liquidation judiciaire, mais le commerçant a huit jours pour déposer son bilan ; s'il ne le fait pas, les poursuites individuelles peuvent recommencer.

Le règlement judiciaire est, d'après l'article 2 : « ... la disposition par laquelle le commerçant obtient, à l'encontre de la masse de ses créanciers, certains délais et, en même temps, une réduction sur le principal de sa dette ». Le débiteur qui sollicite le bénéfice du règlement judiciaire doit présenter requête au président du tribunal et y joindre tous les documents visés par l'article 4. Les conditions pour être admis au bénéfice de ce règlement sont les mêmes que celles exigées pour être admis au bénéfice de l'attribution judiciaire (art. 1^{er}). Sur la vue de la requête, le président saisit le tribunal, qui statue sur l'admissibilité en chambre du conseil, contrairement à ce qui se passe en cas de simple attribution. Le tribunal ne peut statuer avant d'avoir entendu la débiteur ou de l'avoir dûment appelé¹. Le jugement d'admission désigne un de ses membres comme juge-commissaire, ainsi qu'un ou plusieurs administrateurs. En fait de règlement, par opposition à ce qui se passe en matière d'attribution judiciaire, il y a des administrateurs dont le rôle, comme on va le voir par la suite, est semblable à celui du liquidateur dans la liqui-

1. Article 11, dernier alinéa.

dation judiciaire. Dans les vingt-quatre heures de sa nomination, il doit arrêter les livres du débiteur et doit procéder à l'inventaire détaillé de l'actif, suivant les modalités qui seront fixées par un règlement d'administration publique à venir¹. Les effets du jugement seront ceux prévus par l'article 15 de la loi du 4 mars 1889.

La publicité est la même pour le règlement que pour l'attribution, à savoir l'inscription de la requête sur un répertoire spécial pareil à celui prévu pour l'attribution, mais différent toutefois de celui-là, communicable sans déplacement et sans frais à tout intéressé, la publication dans le *Bulletin d'annonces légales obligatoires* et l'inscription dans le registre du commerce, par les soins du greffier. Pour le règlement judiciaire, il y a en plus la publication des conditions essentielles du règlement définitivement homologué dans le *Bulletin d'annonces légales obligatoires*.

Dans les huit jours suivant le jugement d'admission, le greffier invite tous les créanciers connus, soit qu'ils aient été indiqués par le débiteur lors du dépôt de la requête, soit qu'ils aient été découverts par des recherches ultérieures, à produire les créances dans la quinzaine. Cette production doit se faire soit au greffe du tribunal, soit entre les mains de l'administrateur. Il en sera donné récépissé². Le délai de quinzaine écoulé, la production ne peut plus être faite qu'avec l'autorisation spéciale du juge-commissaire. La conséquence de la non production en temps voulu est l'interdiction de

1. Article 15.

2. Article 17.

participer à la procédure d'acceptation des propositions de règlement. En plus, la créance n'entre pas en ligne de compte pour le calcul de la majorité¹. La procédure détaillée, de la production et de la vérification des créances, fera l'objet d'un règlement d'administration publique². Le délai de production expiré, un autre délai de quinzaine commence à courir, pendant lequel tout créancier a droit à se faire communiquer la liste des autres créanciers et de faire contestation entre les mains de l'administrateur³.

Les créances contestées, soit par le débiteur, soit par d'autres que le débiteur, seront portées, par la partie la plus diligente, devant le juge-commissaire, lequel statue par ordonnance non motivée sur l'admission provisionnelle. Il fixe ensuite le lieu et la date auxquels devra avoir lieu l'assemblée des créanciers. Elle devra être incluse dans un délai de un mois, sans toutefois pouvoir être inférieur à quinze jours. Le greffier convoquera les créanciers à l'assemblée et avertira en même temps de la clôture du procès-verbal d'admission, par lettre recommandée, le débiteur et l'administrateur.

Cet avertissement fait courir pour le débiteur un délai de huitaine au cours duquel il est tenu de déposer ses propositions de règlement⁴. S'il n'en dépose point,

1. Article 18.

2. Article 20.

3. Article 19.

4. Article 22.

le tribunal le déclare d'office en état de faillite¹. Le projet ne règle pas le mode de convocation des créanciers, il laisse le soin au règlement d'administration publique².

A l'assemblée, prennent part tous les créanciers chirographaires, mais il n'y a que ceux qui ont produit en temps utile qui peuvent prendre part au vote, et il n'y a que les créances de ceux-là qui entrent en ligne de compte pour le calcul de la majorité, qui doit être, comme pour l'attribution judiciaire, de soixante-dix pour cent des créances vérifiées et admises. Les créanciers absents, ou n'ayant pas répondu seront considérés acceptants³. A l'assemblée, les créanciers auront le droit de faire des observations, qui devront être consignées dans le procès-verbal, et le tribunal pourra en tenir compte lors de l'homologation. En ce cas, il entendra les créanciers, s'il le juge utile.

L'homologation a lieu en chambre du conseil. Le tribunal peut désigner un ou plusieurs commissaires au règlement, dont le rôle sera de surveiller l'exécution des clauses et des obligations du traité. Ils devront assurer la conservation des garanties réelles (hypothèques, nantissement sur le fonds de commerce, etc.) et la réalisation de toutes les autres garanties que le débiteur aurait pu consentir par ce règlement. Ils ont, en plus, compétence pour intenter toute action concernant l'exécution des engagements pris par le règlement, ainsi que de demander l'annulation ou la résiliation. Lorsque le

1. Article 26, 3^e alinéa.

2. Article 23.

3. Article 24.

tribunal refuse l'homologation, il n'est pas tenu de statuer d'office sur l'ouverture de la faillite, mais il a le droit de le faire, s'il le considère nécessaire. Lorsque la faillite n'est pas prononcée, le débiteur a trois jours pour déposer son bilan. Ce délai expiré, les créanciers retrouvent leurs droits de poursuites individuelles.

Le débiteur peut être déclaré en faillite après l'homologation, lorsque le règlement vient à être résolu ou annulé. La faillite peut être encore déclarée, lorsque le débiteur a induit en erreur le tribunal, ou l'administrateur sur sa situation, s'il a détourné une partie de son actif, ou s'il refuse son concours pour l'administration de ses biens. De même, s'il y a eu fraude ou mauvaise foi de sa part, ou s'il a commis l'un quelconque des actes visés aux articles 446 et 447 du Code de commerce. Avant de statuer sur la faillite, le tribunal doit entendre le débiteur, qui pourra être assisté d'un conseil, en la chambre du conseil.

* * *

Le projet, en s'inspirant du règlement transactionnel, a créé une procédure spéciale pour les sociétés ayant émis des obligations, bons au porteur ou titres analogues négociables suivant les voies commerciales¹.

Ce qu'il y a de caractéristique dans ce projet, c'est qu'il préconise la possibilité de demander un atermolement ou un règlement judiciaire pour une seule masse de créanciers, c'est-à-dire pour les créanciers ordinaires

1. Article 41.

et pour les créanciers obligataires groupés en masse distincte ou bien de traiter avec les deux masses, dans des conditions différentes. Il envisage, en plus, la possibilité d'un règlement pour les intérêts dus aux obligataires, sans que la réduction du capital soit mise en discussion et, dans ce cas, la demande d'un pareil règlement, ne rend pas immédiatement exigible le capital représentant les obligations. Lorsque le règlement est demandé pour une seule des masses de créanciers, la dette comprise dans l'autre masse ne sera pas déchuée du bénéfice du terme.

Ce qui distingue le plus la procédure d'atermoiement, ou de règlement des sociétés, ayant émis des obligations, de celle des commerçants, personnes physiques, c'est la publicité. Alors que pour ces derniers, il n'y a qu'une publicité restreinte, pour le règlement judiciaire des sociétés, la publicité se fera conformément à l'article 442 du Code de commerce, c'est-à-dire par affichage et insertion par extraits dans les journaux et par insertion dans un supplément du *Journal officiel*. Mais le tribunal peut ordonner, par le jugement d'admission, d'autres mesures de publicité qui lui paraîtront utiles¹.

La convocation à l'assemblée générale des créanciers se fera par les soins de la société ou, à défaut, par l'administrateur, par deux avis insérés dans le *Bulletin des annonces légales obligatoires*, et suivant les modes stipulés dans l'acte d'emprunt.

Les sociétés civiles d'obligataires tiendront leurs

1. Articles 42 et 43, dernier alinéa, *in fine*.

assemblées suivant les prescriptions de l'acte de constitution, mais sous la présidence du juge-commissaire assisté par le greffier. Si les créanciers obligataires n'ont été constitués en aucun groupement, leur assemblée aura lieu suivant les mêmes règles que l'assemblée des créanciers ordinaires, qui seront définies dans le règlement d'administration publique. Pour que les assemblées puissent délibérer valablement, elles devront satisfaire à une obligation de quorum en réunissant un nombre d'obligations représentant un tiers des obligations émises et non éteintes, déduction faite des obligations se trouvant entre les mains de la société, et cela aussi bien pour les assemblées d'obligataires non constituées en sociétés civiles, que pour celles où les sociétés d'obligataires existent et alors même que les statuts de celles-ci fixeraient des conditions différentes pour la prise des décisions engageant les obligataires¹. Si le quorum n'est pas atteint lors de la première assemblée, le juge-commissaire doit la proroger, dès le début de la séance, pour une date qui ne pourra pas être fixée avant quinze jours. Les conditions de publicité, pour la convocation de cette nouvelle assemblée, seront définies par le juge-commissaire. A la seconde assemblée, il n'y aura plus d'obligation de quorum et la majorité devra être de un tiers des obligataires présents ou régulièrement représentés. L'obligataire présent qui s'abstient de voter est réputé acceptant. Mais lorsque les obligataires auront été constitués en société, la majorité requise pour sta-

1. Articles 45 et 46, 4^e alinéa.

tuer valablement sera celle prévue dans l'acte de constitution. Les sociétés débitrices n'auront pas le droit de voter, ni directement, ni par personne interposée, avec les titres se trouvant entre leurs mains. Pour que le règlement puisse être homologué, il faut que les deux masses de créanciers aient accepté, à la majorité voulue, le traité de règlement. Lorsque l'une des masses n'aura pas adhéré, le débiteur s'adressera, par une requête, au président du tribunal, qui pourra ordonner la convocation d'une assemblée nouvelle, dans laquelle le débiteur pourra modifier ses propositions¹.

Les pactes conclus avec les deux masses seront soumis au tribunal qui décidera de leur homologation par un seul et même jugement. L'homologation devra être refusée pour le tout lorsque le débiteur n'aura pu conclure de traité, même après une deuxième assemblée avec la masse ayant refusé d'abord son adhésion.

* * *

Ce projet très complet, comprenant cinquante articles, tend à mettre sur pied une procédure bien réglementée dans ses détails, lesquels seront encore précisés, sur certains points, par un règlement d'administration publique à venir.

Certaines critiques peuvent lui être adressées. Les conditions que le débiteur doit remplir, pour obtenir le bénéfice soit de l'attribution, soit de la liquidation judiciaire, seraient, suivant ce projet, celles exigées par

1. Article 50.

l'article 1244, 2^e alinéa, du Code civil : « tout commerçant qui justifiera des conditions imposées par l'article 1244, paragraphe 2 du Code civil, pourra... »¹, dit le projet. La formule ne nous paraît pas très heureuse, car ledit article parle des délais de grâce, que le juge civil peut accorder, en tenant compte de la situation du débiteur et en usant avec modération. Mais ces délais ne peuvent pas faire l'objet d'une demande en principal de la part du débiteur, le tribunal ne peut les accorder que lorsqu'une contestation s'élève devant lui sur la créance, et doit le faire dans le jugement même, qui statue sur ladite contestation. S'il ne l'a pas fait à ce moment, il ne peut plus le faire une fois le jugement rendu. Quels seraient les éléments de fait dont le tribunal devrait tenir compte pour accorder ces délais ? L'article 1244 du Code civil ne le dit pas ; il dit uniquement : « en considération de la position du débiteur ». C'est un élément de fait que le juge a pleine liberté d'apprécier. Il n'est donc pas tenu de respecter telle ou telle condition. Il en résulte que, d'après la proposition de MM. de Monzie et Cot nulle condition précise, en ce qui concerne l'état des affaires, n'est requise pour que le débiteur commerçant bénéficie d'un atermolement ou d'un règlement judiciaire, si ce n'est celle d'une gêne dans ses affaires.

Une autre critique serait que l'atermolement judiciaire ne comporte pas de procédure de vérification des créances.

Le projet laisse, en outre, le soin au règlement d'ad-

1. Article 1^{er}.

ministration publique de mettre au point certaines questions dont quelques-unes d'assez grande importance, notamment la convocation des créanciers en assemblée (art. 33). Il n'est pas indifférent que cela se fasse par lettres ou par des insertions dans les journaux. Emprunter ce second procédé serait s'exposer à des critiques adressées à la liquidation judiciaire, laquelle, a-t-on prétendu, comporte une trop grande publicité et, surtout, trop souvent réitérée.

*Proposition de M. René Brunet, député, et quelques-uns de ses collègues du groupe socialiste, tendant à remettre en vigueur, après modification, la loi du 2 juillet 1919*¹.

La proposition de M. Brunet a été déterminée par le désir de venir en aide au petit et au moyen commerces, car, lit-on dans l'exposé des motifs : « pour les grandes ou les très grandes entreprises, la politique et la jurisprudence se sont conjuguées, afin d'organiser à leur profit un régime privilégié, grâce auquel elles échappent au contrôle, aux sévérités, aux déchéances imposés par la loi au commerçant de droit commun ».

C'est là une critique bien sévère, qui n'est pas sans être marquée par un certain esprit de parti-pris politique. L'introduction du règlement transactionnel n'aurait pas apporté moins de soulagement aux grandes entreprises qu'aux petites, mais ce qui est plus discutable, c'est l'opportunité de ce projet. L'expérience faite de 1919 à 1922 a laissé des souvenirs qui peuvent com-

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, II, p. 343, Annexe, N° 5810.

promettre le résultat de cette mesure. A ce propos, MM. Louis Rollin et Léon Bérard, dans leur projet de 1931, tendant à la modification des articles 12 et 21 de la loi du 4 mars 1889, dont il sera question plus bas, s'expriment ainsi : « ... si graves que puissent être les circonstances actuelles, elles apparaissent cependant nettement différentes de celles qui ont provoqué l'institution du règlement transactionnel ; en particulier, alors que dans l'application de la loi de 1919, il devait y avoir, tout au moins en principe, une relation de cause à effet entre la situation gênée du débiteur et la guerre, il n'existe, actuellement, aucun critère précis, déterminant la limite qui sépare le spéculateur déconfit du débiteur honnête et malheureux »¹.

Ce qui est certain, c'est qu'une mesure de clémence pour le débiteur de bonne foi et malheureux est nécessaire, mais il ne faut pas qu'une pareille institution soit, dès le début, en butte à des critiques qu'on a déjà pu faire à une institution passée, et qu'elle suscite dans l'opinion publique la méfiance provoquée par les expériences antérieures. Dans le projet de M. René Brunet, des modifications ont été apportées par rapport à la loi du 2 juillet 1919. La première porte sur la publicité. Cette modification a d'ailleurs été réalisée par la loi du 28 avril 1922. C'est ainsi que l'article 2, dernier alinéa, est proposé comme suit : « Toute personne peut obtenir communication du répertoire sans déplacement et sans frais et s'en faire délivrer copie par le greffe. En outre,

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, II, p. 391, Annexe, N° 5871.

le jugement admettant la requête, le jugement d'homologation et le jugement de décharge devront être inscrits à la fois sur le répertoire tenu au greffe et sur le registre du commerce ». Par le jugement d'admission, le tribunal ne désignera plus, suivant la proposition, un administrateur et un juge-délégué, il ne désignera que ce dernier¹. Celui-ci pourra, à tout moment de l'instruction, même avant d'avoir déposé son rapport au tribunal, nommer des experts pour procéder à la vérification de l'état des affaires.

Ces experts doivent prêter serment de bien et fidèlement remplir leur mission². Cette disposition a été prise presque textuellement à l'article 7 de la loi belge sur le concordat préventif.

Le règlement transactionnel prévoyait la confection de l'inventaire par l'administrateur, mais, dans le projet de M. Brunet, ce personnage n'existe plus. Ce serait aux experts de remplir la tâche. Pour ce même motif, le débiteur devra avoir l'autorisation du juge-délégué (et non pas de l'administrateur) pour contracter de nouvelles dettes, pour aliéner tout ou partie de son actif et pour intenter ou suivre des actions mobilières ou immobilières. Du fait de l'absence de l'administrateur, il s'ensuivent des petites modifications de détail. La production des créanciers aura lieu au greffe, soit par dépôt, soit par envoi recommandé³. L'état des créances admises sera déposé au greffe par le juge-délégué⁴.

1. Article 4.

2. Article 5.

3. Article 7, 3^e alinéa.

4. Article 8.

Le projet modifie aussi la majorité requise pour la conclusion du traité de règlement. Il faut une majorité de deux tiers en nombre, représentant trois quarts des créances vérifiées et admises. Sans ces majorités, le traité ne peut pas être soumis à l'homologation¹. Une nouvelle disposition, inspirée de la loi belge sur le concordat préventif, a été introduite à l'article 17, suivant laquelle le débiteur ayant obtenu un règlement transactionnel est tenu, en cas de retour à meilleure fortune, de payer intégralement ses créanciers. Nous allons voir ailleurs quelle est la valeur de cette disposition et ce que vaut son adoption.

Projet de loi présenté au nom de la Commission du commerce et de l'industrie, tendant à modifier et à compléter la loi du 4 mars 1889, portant modification à la législation de faillite.

La Commission du commerce et de l'industrie, après avoir examiné les projets et propositions qui figurent dans ce chapitre, à l'exception de la proposition de M. Flandin de 1926, avait préparé un projet de loi modifiant en grande partie la loi sur la liquidation judiciaire. Ce projet inspiré par les propositions déjà faites et tenant compte des principes fondamentaux, — sans lesquels on risquerait de compromettre la sécurité de faire naître la méfiance parmi les créanciers et de faire ainsi plus de mal que de bien — propose des modifications qui, tout en devant faciliter l'accès des commerçants à la nouvelle loi et en accé-

1. Article 12, 2^e alinéa.

lérant la procédure, se garde de faire des changements et des écarts trop grands des règles fondamentales qui régissent actuellement la situation du commerçant insolvable.

Le projet de la commission change l'appellation de la procédure. Il s'agira désormais du « règlement judiciaire » au lieu de liquidation judiciaire, et le liquidateur s'appellera « administrateur ». En dehors de changement de nomenclature, les articles 1^{er} à 11 inclus n'ont pas reçu de modifications, à l'exception de l'article 8 parlant des effets du jugement d'ouverture. D'après la modification y introduite, il n'y a que les dettes non garanties par un gage ou un privilège qui seront échues à l'égard du débiteur.

Des modifications plus importantes ont été proposées aux articles 12 et suivants. La production des créances aura lieu par écrit, lorsqu'elle n'aura pas été faite lors de la première assemblée des créanciers. Sur ce point, le projet adopte les dispositions du projet du gouvernement présentées par MM. Rolin et Bérard, que nous allons retrouver plus bas. La vérification sera faite par l'administrateur contradictoirement avec les créanciers et les contrôleurs, s'il en a été nommé. L'état des créances admises sera déposé au greffe par l'administrateur. Le greffier devra donner avis aux créanciers qui auront un délai de dix jours pour prendre connaissance de l'état des créances et pour contester. Les contestations devront être motivées, sous peine de nullité. Cette disposition trouve sa source dans le règlement transactionnel. Sur les contestations qui peuvent être

faites, le juge délégué statue par une ordonnance non motivée, à titre provisionnel.

Tout comme dans le projet de MM. de Monzie et Cot, les admissions finies, le juge-commissaire rend une ordonnance de clôture fixant en même temps la date de l'assemblée des créanciers, qui devra avoir lieu dans un délai de quinze jours au moins et d'un mois au plus. Le débiteur devra, dans les cinq jours de cette ordonnance, déposer ses propositions. Les créanciers seront convoqués à l'assemblée par lettre recommandée et seront, par là même, informés qu'ils pourront prendre connaissance au greffe du rapport de l'administrateur et des propositions du débiteur. L'assemblée sera tenue sous la présidence du juge-commissaire, assisté du greffier et de l'administrateur. Il y sera donné lecture du rapport de ce dernier, ainsi que des propositions du débiteur. Une autre modification proposée par le projet, et qui jusqu'ici n'avait fait l'objet d'aucune autre proposition, fait l'objet d'un dernier alinéa ajouté à l'article 18 ainsi conçu : « est réputée non écrite toute convention stipulant que la mise en faillite de l'occupant ou de son admission au bénéfice de la présente loi, entraîne la résiliation des baux des immeubles servant à son commerce ou à son industrie, y compris les locaux dépendant de ces immeubles et servant à son habitation ou à celle de sa famille. » L'idée qui a inspiré la commission est la protection de l'intérêt des créanciers. Très souvent, la résiliation du bail, demandée par le propriétaire, équivaut à l'anéantissement du fonds de commerce et, par là, à la diminution, voire même à la

disparition, de l'actif. Le gage des créanciers se trouve ainsi fortement réduit et leurs intérêts compromis.

La modification la plus importante consiste en la proposition d'une procédure destinée à régir le règlement judiciaire des sociétés. Ces dispositions ont été inspirées par le règlement transactionnel et ne sont autre chose, pour la plupart, que la reproduction du titre II de la loi du 2 juillet 1919, sauf quelques dispositions de détail.

SECTION II

PROJETS TENDANT A APPORTER DES MODIFICATIONS A LA LIQUIDATION JUDICIAIRE OU A LA FAILLITE

*Proposition de M. Bardon, député, ayant pour objet
de compléter l'article 440 du Code de commerce*¹.

Cette proposition contient un article unique, ce qui nous permet de la reproduire en entier : « L'article 440 du Code de commerce est ainsi complété : lorsqu'une société de commerce déposera son bilan et que les créanciers demanderont sa mise en faillite, le tribunal aura le droit d'en ajourner la déclaration.

« En ce cas, il devra, sans déssemparer, nommer, par jugement motivé, exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel, une commission de gestion pour appréhender l'administration active et passive de la

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, Annexe, N° 5559.

société. Cette commission sera composée de trois membres au moins et de sept au plus.

« Ils seront choisis par le tribunal à sa désignation, mais ayant soin de faire figurer parmi eux un membre du barreau ayant dix ans de tableau, un syndic de faillite s'il existe, une organisation régulière près du tribunal jugeant, un négociant, industriel ou artisan, ou un arbitre ou un courtier de commerce.

« Les membres de cette commission pourront être choisis en dehors de l'arrondissement judiciaire, le tribunal ne devant avoir en vue que leur capacité, leur honneur, leur probité. Le tribunal détermine, pour chaque affaire, l'étendue et la durée des pouvoirs de la commission de gestion.

« Ce jugement comportera, de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement au profit de la commission de gestion.

« Il sera sursis à toute poursuite judiciaire pendant la durée de ces fonctions ».

Ce projet est inspiré du Code fédéral des obligations de Suisse (art. 657). Suivant ce texte, l'administrateur d'une société doit déposer son bilan à fin de faillite dès que l'actif ne couvre plus le passif. Le juge a la faculté, si les créanciers ou le curateur de la masse le demandent, de ne pas déclarer la faillite, mais il doit alors prendre provisoirement toute mesure en vue de la conservation de l'actif.

Cette mesure laisse au tribunal la possibilité d'apprécier l'opportunité de la déclaration de faillite, ayant en vue l'intérêt des créanciers qui peut, parfois,

être gravement lésé par la mise en faillite intempestive du débiteur et par la liquidation à vil prix de l'actif¹.

*Proposition de M. Le Corbeiller*².

Cette proposition tend à substituer aux articles 504, 505, 506 et 509 du Code de commerce, une disposition inscrite dans un article unique prévoyant le vote, des créanciers au concordat, par écrit et en dehors de toute assemblée. L'idée de la proposition est que la procédure de faillite comporte trop de lenteurs, trop de déplacements pour les créanciers. Aussi ceux-ci s'en désintéressent, surtout lorsqu'ils sont éloignés ou lorsqu'ils n'ont que des créances de peu d'importance. Ils arrivent, dans ce cas, à se fier à un fondé de pouvoir.

Souvent, les créanciers ne connaissent même pas les propositions de concordat et ce sont les mandataires qui agissent, suivant leur propre intérêt, qui est très loin d'être celui des créanciers. Or, pour que le débiteur arrive à avoir l'adhésion d'un de ces mandataires, qui a réuni entre ses mains une certaine quantité de petites créances, il lui faut consentir des sacrifices qui sont uniquement dans l'intérêt du mandataire. Dans pareil cas, l'obtention d'un concordat est souvent onéreuse. La proposition envisage l'envoi par le greffier, dans les huit jours suivant le délai prescrit pour l'affirmation des créances, les propositions de concordat à chaque

1. Voir Le Pelletier, dans la *Vie Judiciaire* du 31 juillet 1931 et 10 octobre 1931.

2. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, 1^{re} partie, p. 1184, Annexe, N° 5843.

créancier, ainsi que l'extrait du rapport du syndic. Le créancier est invité à donner personnellement son adhésion ou à la refuser. Le silence doit valoir acceptation. Cette adhésion écrite par le créancier sera renvoyée au syndic avec avis de réception, dans un délai que le juge-commissaire aura latitude de fixer et qui sera porté à la connaissance des créanciers par le greffier, en même temps que l'invitation à adhérer ou à refuser le concordat.

Pour empêcher la fraude que la cession de créance peut permettre, la proposition prévoit une certaine déchéance pour le cessionnaire. Celui-ci ne pourra prendre part qu'aux opérations de vérification, si la cession a été opérée postérieurement au jugement déclaratif de faillite ou de liquidation judiciaire. Les créanciers ayant à faire opposition doivent la motiver. Ils doivent joindre en même temps les pièces la justifiant.

*Projet de M. Louis Rolin, Ministre du Commerce,
et de M. Léon Bérard, Garde des Sceaux*¹.

Ce projet tend à la modification sur quelques points de la loi du 4 mars 1889. La première modification a trait à l'article 21, suivant lequel, par le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, le débiteur est déchu du droit d'électorat. On propose d'ajouter à cet article un alinéa ainsi conçu : « Toutefois, le tribunal pourra décider qu'en raison des circonstances, le débi-

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, 2^e partie, p. 391, Annexe, N° 5871.

teur ne sera déchu d'aucun des droits visés au paragraphe précédent et que la procédure suivie sera qualifiée de règlement judiciaire ».

L'innovation est hardie ; elle correspond certainement à l'un des desiderata de ceux qui demandent un régime de faveur pour les commerçants malheureux et de bonne foi, un régime dans lequel il n'y ait pas de déchéance. Cela est juste, du moment qu'on cherche à créer un régime qui n'ait que des avantages pour que les commerçants les trouve suffisamment alléchant et clément par rapport à la faillite, pour qu'ils veuillent déposer le bilan rapidement et se soumettre à l'autorité de la justice.

La seconde modification concerne les articles 12 et 13 de la loi de 1889. Il y avait trop d'assemblées de créanciers, dont quelques-unes n'avaient aucune utilité, elles obligeaient les créanciers à se déplacer trop souvent et donnaient lieu à une publicité trop souvent renouvelée.

La production des créances ne devra plus se faire en assemblée, mais par lettre recommandée pour les créanciers qui n'auront pas remis leurs titres lors de la première assemblée prévue à l'article 9. Le greffier les avertira, dans les cinq jours, qu'ils devront déposer leurs titres dans le mois, ou dans un délai que le juge-commissaire aura faculté de prolonger à compter de l'envoi de l'avis.

Les titres seront accompagnés d'un bordereau indicatif des sommes dont ils sont créanciers.

Un état de ces productions devra être tenu par le

greffier, qui sera tenu à la disposition des créanciers pendant ledit délai d'un mois ainsi que pendant les huit jours suivants, afin que les créanciers puissent le consulter et faire contestation. Cette contestation, soit de la part des créanciers, soit de la part du liquidateur, devra se faire dans les quinze jours à partir de l'expiration du dernier délai de huitaine. Sur la déclaration de contestation, qui devra être signifiée au greffier par lettre recommandée, le tribunal devra statuer.

L'article 13 de la loi du 4 mars 1889 sera remplacé par le texte suivant : « Si les lettres de change et les billets à ordre, souscrits ou endossés par le débiteur et non échus à l'expiration du délai ci-dessus visé, sont en circulation, les créanciers devront déposer leurs titres au greffe, en produisant par mémoire ».

La proposition porte modification de l'article 14, 1^{er} alinéa, pour le mettre en harmonie avec les modifications proposées aux articles précédents. La convocation des créanciers à l'assemblée destinée à la discussion des propositions du débiteur, se fera conformément à l'article 9 de la loi de 1889, mais, et c'est ici la modification, « le lendemain de l'expiration des délais prévus par l'article 12 de la présente loi pour la contestation des créances ».

* * *

Les propositions de réforme ont porté des fruits sur quelques points et, notamment, sur l'accélération de la procédure de production, vérification et affirmation des créances, tant en matière de faillite que de liquidation judiciaire.

Deux décrets-lois, en date du 8 août 1935, viennent d'apporter des changements à la législation sur la faillite ; le premier est le « décret portant application aux gérants et administrateurs de société de la législation de la faillite et de la banqueroute et instituant l'interdiction et la déchéance du droit de gérer et administrer une société », et le deuxième est le « décret portant modification du livre III du Code de commerce, intitulé des faillites et banqueroutes ». Ce dernier est le seul qui entre dans le cadre de notre étude, et nous en exposerons les dispositions dans la seconde partie de cet ouvrage.

SECTION III

LES TENDANCES ACTUELLES EN FRANCE

Le 23 octobre 1922, le règlement transactionnel, institué par la loi du 2 juillet 1919, finissait sa courte carrière et personne ne songeait à le remettre en vigueur. En effet, les mécontentements et les critiques auxquels il venait de donner lieu le rendirent odieux, à un point tel, qu'on regardait sans regret disparaître un régime, qu'on avait qualifié d'escroquerie légale. Et pourtant ses effets économiques n'étaient pas des plus mauvais. Grâce à ce régime, beaucoup de commerçants se trouvant dans une situation économique embarrassée ont pu être sauvés. Mais là s'arrêtait sa vie, qui dans l'esprit de quelques-uns de ses auteurs devait être prolongée, à l'instar de la législation belge sur le concordat

préventif et donner lieu à une institution à caractère définitif. Le règlement transactionnel ne pouvait pas vivre indéfiniment dans sa conception originale. D'abord parce qu'il était, dès le principe, conçu pour parer à des événements qu'on s'imaginait et qu'on attendait graves, événements qui ne s'étaient pas produits à la fin de la guerre, mais qui s'étaient produits plus tard, à la suite d'autres circonstances, et pour lesquels les auteurs de la loi n'avaient pas imaginé leurs mesures exceptionnelles ; ensuite, parce qu'on ne voulait pas voir, à côté de la faillite et de la liquidation judiciaire, se perpétuer un autre état d'insolvabilité commerciale, qui ne se justifiait plus, une fois que les circonstances exceptionnelles, auxquelles on voulait remédier, n'existaient plus. Un régime exceptionnel pour les commerçants en état d'insolvabilité ne se justifiait donc pas, pour cela existait déjà la liquidation judiciaire ; que celle-ci n'ait pas eu le succès voulu, c'est là une question toute différente. Mais, à vrai dire, le règlement transactionnel n'a pas été maintenu plus à cause de ces imperfection que de son inutilité.

Avec la crise économique actuelle, la question redevient d'actualité et des projets et propositions en nombre ont été présentés au Parlement.

Dès 1924, la question de la modification à apporter à la législation sur l'état du commerçant insolvable, malheureux et de bonne foi a été prise en discussion par la Société d'études législatives et un projet fut préparé, plus exactement deux, l'un portant sur la modification de la procédure de faillite et de liquidation

judiciaire au cas où elles s'appliqueraient aux sociétés ayant émis des obligations ou des titres analogues ; l'autre portant modification de la loi du 4 mars 1889¹.

La question a commencé à redevenir d'actualité au moment où les effets de la crise économique ont acculé quantité de commerçants à l'insolvabilité. Il ne leur reste que la faillite qu'ils veulent éviter à tout prix, ils ne se décident pas à déposer leur bilan à fin de liquidation judiciaire non plus, car, au fond, ce n'est pas beaucoup mieux, le commerçant n'a plus de crédit, il n'encourt pas de peine et presque pas de déchéance, mais c'est un failli quand même, aux yeux de tout le monde. Il essaie des arrangements amiables. Cela se fait tous les jours et partout. Dans quelques-unes des propositions à la Chambre des Députés, on distingue nettement l'intention ou, si on veut, la tendance de donner un effet légal à ces tentatives de conciliation amiable. Ces arrangements ont ceci de particulier, qu'ils se font sans bruit et sans perte de temps. Mais le jour où la liquidation judiciaire ou la faillite s'ensuit, ils n'ont pas d'effet. Même en dehors de ce fait, ils n'ont d'effet autre que ceux engendrés par la convention de droit commun, c'est-à-dire qu'ils n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, la majorité n'engage pas la minorité. Aucune distinction ne s'opère entre les créanciers antérieurs à la convention et les créanciers postérieurs.

Lorsque le débiteur arrive à un arrangement avec

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924.

chacun des créanciers individuellement, sans respecter l'égalité entre les créanciers, il n'y a rien à dire, nous sommes en plein dans le principe, que la convention fait la loi des parties. Chaque créancier est libre de faire abandon de sa créance ou d'une partie de cette créance, ou de consentir des délais à son débiteur, suivant sa bonne inspiration, mais cela implique que c'est lui-même qui l'a consenti et non pas le reste des créanciers, qui constituent la majorité. C'est comme si, dès le début, sa créance eût été moindre ou à une échéance plus éloignée. La même chose, lorsque l'arrangement réussit avec l'unanimité des créanciers, mais pour cela, il faut supposer, ce qui pratiquement est impossible, le consentement de tous.

Il faut alors qu'il y ait une procédure qui permette à la majorité de faire la loi à la minorité.

Du jour où la loi viendrait à donner force aux traités que le débiteur peut conclure avec la majorité de ses créanciers pour l'imposer à tous, nous allons nous trouver en face d'une situation produisant certains effets, que les créanciers et les tiers devront connaître ; il va falloir une certaine publicité, il va falloir prendre certaines garanties contre les fraudes et les malversations.

Toutes ces précautions comporteront la mise en œuvre d'une procédure qui fera un certain bruit, qui amènera des lenteurs et qui nuira au crédit du commerçant.

Que faut-il préférer ? Une procédure très rapide, fort utile au débiteur, ou une procédure entourée de plus de garanties pour les créanciers, plus lente et plus sûre, mais moins agréable pour le débiteur.

Parmi les projets et propositions français, nous avons distingué ces deux tendances :

I. — La première consisterait à rendre obligatoire pour tous les créanciers l'entente entre le débiteur et la majorité de ses créanciers. Ces ententes ont été pratiquées de tous temps. Honoré de Balzac, dans son roman *Grandeur et décadence de César Biroteau*, avec son grand esprit d'observation, dit que les commerçants ne déposaient plus le bilan, ils liquidaient à l'amiable : « Les créanciers donnent quittance et prennent ce qu'on leur offre... Chacun croit que la faillite donnera moins que la liquidation, il y a tout autant de liquidations que de faillites à Paris ».

Ce qui était vrai pour les liquidations en ce temps, est vrai aujourd'hui aussi pour les arrangements amiables.

Du temps où Balzac écrivait ces lignes, il n'y avait pas de liquidation judiciaire, c'est de la liquidation amiable qu'il parlait. La faillite seule existait avec toutes ses lenteurs, ses frais et ses rigueurs. Actuellement, on liquide plus rapidement et sans trop de déchéances. Mais il s'agit non pas de liquider, mais d'arriver à une entente avec ses créanciers, on leur demande un petit sacrifice pour sauver le reste, pour cela, on veut une procédure rapide, sans trop d'encombrement. Cette solution pourrait se justifier à un moment où le commerce est particulièrement éprouvé et pour un temps très court, mais elle comporte des dangers. Lorsqu'on laisse les créanciers aux prises avec le débiteur, sans aucun contrôle, des abus peuvent être facilement

commis. Même lorsque tout se passe normalement, il faut aussi que les créanciers qui ont consenti des sacrifices soient assurés qu'ils toucheront le reste, par préférence à d'autres créanciers.

Que se passera-t-il si les créanciers accordent une remise de dette au débiteur à la suite d'une simple entente sans garanties d'exécution du traité conclu ? Le débiteur continuera son commerce, allégé d'une partie de son passif, il pourra contracter de nouvelles dettes et il pourra se trouver à nouveau devant une situation difficile, qui pourra, cette fois, le conduire à la faillite.

Les créanciers, qui auront consenti des sacrifices, se trouveront avec leurs créances réduites en face de nouveaux créanciers avec lesquels ils viendront en concours, pour ne toucher qu'un dividende du dividende. Leur sacrifice n'aura servi à rien, ils perdront plus qu'ils n'auraient perdu s'ils avaient exigé la liquidation immédiate de leur débiteur.

Une procédure trop sommaire ne donnant pas des garanties suffisantes d'honnêteté pour la conclusion du traité et pas de garanties d'exécution du traité conclu n'est pas à souhaiter.

Elle peut être envisagée dans un moment difficile et pour une durée très courte, mais non comme une mesure à titre permanent.

II. — La seconde tendance serait vers une procédure entourée de plus de garanties. Elle serait moins favorable au débiteur, car si celui-ci n'est pas en butte à des suspicions et n'est pas entouré de méfiance, il est du moins entouré de mesures de précaution.

Cette procédure pourrait être envisagée comme une institution permanente agissant en tous temps pour aider les commerçants malheureux et de bonne foi.

La question qui se pose est de savoir s'il faut que cette procédure existe à côté de la faillite et de la liquidation judiciaire.

Il n'y aurait pas de sens à créer un troisième état d'insolvabilité commerciale à côté de ceux existant.

L'insolvable peut être ou bien de mauvaise foi ou bien de bonne foi ; pour le premier, ce doit être la faillite, pour le second un régime de faveur nettement distinct ; deux états différents correspondant à deux situations entre lesquelles il n'y a pas de moyen terme.

Lorsque la question se fut posée de maintenir le règlement transactionnel, M. le président Albert Troullier présenta un rapport à l'assemblée des tribunaux de commerce du 25 novembre 1922¹, dont les conclusions furent : 1° qu'il n'y avait pas lieu de prolonger la durée d'application de la loi du 2 juillet 1919 ; 2° qu'il n'y avait pas lieu de modifier cette loi de manière qu'elle subsistât à côté de la liquidation judiciaire et de la faillite comme un troisième état d'insolvabilité commerciale ; 3° mais qu'il convenait de modifier la loi du 4 mars 1889 en faisant de la liquidation judiciaire le mode de règlement d'élection des débiteurs victimes de circonstances fortuites ou même de leur propre imprudence et en réservant aux autres la faillite.

C'est dans ces propos, qui remontent déjà assez loin,

1. V. *Bulletin de la Société d'Études Législatives*, 1924, p. 72.

que la vérité nous paraît résider. Il faut modifier la liquidation judiciaire de telle façon qu'elle ne soit plus, comme on l'a déjà dit, une faillite en miniature. Il faut retourner sur quelques points à la conception originaire de la loi, il faut lui apporter des modifications fondamentales et en faire, non pas un régime de liquidation, mais un régime de règlement et, avant tout, un régime préventif de faillite.

Les principes du règlement transactionnel pourront être repris sur beaucoup de points, car en eux-mêmes ces principes n'étaient pas répréhensibles, ou, du moins, pas tous. En combinant la rapidité qui caractérisait la procédure de la loi du 2 juillet 1919 avec les principes qui garantissent la sincérité de la procédure et les intérêts des créanciers, une nouvelle loi, remplaçant la liquidation judiciaire, pourra être faite et rendre les services qu'on attend.

Il faudra surtout éviter de reprendre dans cette nouvelle loi tout ce qui peut rappeler une analogie avec la faillite, et cela non pas pour les juristes et les praticiens, mais pour le grand public, plus précisément pour la grande masse des commerçants, car le sort de la loi dépendra du succès qu'elle en aura parmi ceux-ci.

Il faudra tenir compte de l'appellation de la loi, de la publicité à donner à la procédure, de la situation du débiteur au cours de cette procédure, de celle des créanciers, des organes qui y figureront ; il faudra mettre sur pied une loi qui se suffise à elle-même et qui fasse comprendre aux gens que celui qui aura obtenu le bénéfice n'est pas un failli.

CHAPITRE III

LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES¹

Les pays étrangers connaissent le concordat préventif, ou, pour mieux dire, l'institution qui permet à un commerçant de procéder à un arrangement avant faillite, avec ses créanciers, sous la forme d'un contrat passé avec la majorité de ceux-ci, s'imposant à l'unanimité. Cette institution est faite en vue, non pas de la liquidation du patrimoine du débiteur, mais de son maintien afin de pouvoir continuer le commerce.

Nous allons passer en revue quelques pays connaissant, sous une forme quelconque, le concordat préventif, uniquement pour montrer combien cette institution préventive de faillite est répandue et depuis combien de temps. Nous reprenons ensuite l'étude sommaire de quelques lois étrangères, auxquelles nous serons constamment obligé de nous reporter, au cours de la seconde partie de notre étude, afin d'avoir un point de comparaison pour juger les institutions françaises et les pro-

1. V. sur ce point Trasbot *op. cit.*, p. 20 ; Herbulot et Terchenoff, *op. cit.*, p. 37 ; Fischer, *op. cit.*, p. 82 ; St. Jonesco, *Concordatul preventiv*, p. 41.

positions tendant à l'établissement du concordat préventif et aussi pour dégager, si possible, les principes propres à ce concordat, ou les solutions qui seraient les plus avantageuses.

SECTION I

PAYS CONNAISSANT LE CONCORDAT PRÉVENTIF

Nous nous devons de citer en premier lieu l'Angleterre, qui organisait par sa loi sur les faillites, du 25 août 1883, une procédure préliminaire à la faillite. Ce n'était pas une procédure de concordat pouvant s'ouvrir indépendamment de toute demande à fin de faillite. Il n'y avait que lorsque le débiteur était menacé de cette mesure extrême, qu'il pouvait s'adresser à la justice, plus exactement à l'instance compétente pour déclarer la faillite qui, par un *receiving order*, prononçait une sorte de dessaisissement du débiteur. Un *official receiver*, désigné par le *Board of Trade*, établissait le passif et l'actif du débiteur et déposait son rapport à l'instance compétente. Le débiteur essayait alors une entente avec les créanciers — *scheme of arrangement*. Le débiteur pouvait obtenir de ses créanciers, en dehors de cela, un concordat — composition. A défaut d'entente, la faillite s'en suivait. Le tribunal, par un *adjudication order*, déclarait la faillite, et là un syndic était chargé de la liquidation — *trustee of the bankrupt's estate*.

Ce qui caractérise la procédure de faillite anglaise, et la met ainsi un peu à part par rapport aux autres légis-

lations européennes, c'est la grande autorité accordée aux juges. Ceux-ci peuvent, même à l'encontre des créanciers et alors même que la faillite a été déclarée, prononcer un *order of discharge* pour libérer le débiteur du reliquat des dettes que la réalisation de son actif n'a pas réussi à couvrir.

En dehors de cette procédure d'entente avec les créanciers, préliminaire à la faillite et dépendante de celle-ci, l'Angleterre a institué par le *deeds of arrangement act* du 10 août 1914, une procédure de concordat, permettant au débiteur de procéder à une entente avec les créanciers, sans qu'il y ait un rapport avec la faillite.

Les Etats-Unis se sont inspirés de la législation anglaise pour voter une loi, en date du 1^{er} juillet 1898, modifiée le 5 février 1903, pour introduire le concordat préventif. Cette législation, comme la législation anglaise, a adopté le système de la décharge du débiteur par le tribunal, de sa propre autorité.

Nous ne nous arrêtons pas davantage sur la législation des pays anglo-saxons, car la conception qu'on s'y fait de la faillite est un peu différente de celle qui a toujours dominé dans la législation française — à l'exception du règlement transactionnel près —. Nous pouvons la mentionner à titre de curiosité, mais non pour y chercher des enseignements. L'idée qu'on s'y fait de la faillite ne correspond ni à la tradition française, qui est un peu la tradition de la plupart des pays continentaux, ni à la conception du public. En effet, dans les pays anglo-saxons, la faillite, en dehors du fait qu'elle n'a pas de caractère infamant, est considérée

plutôt comme un moyen de se débarrasser de ses dettes, afin de pouvoir se lancer dans des affaires nouvelles¹.

Un autre pays qui, parmi les premiers a introduit chez soi le concordat préventif a été la Belgique. D'abord, on avait commencé par établir le régime du sursis de paiement (1801), mais les résultats ne paraissant pas satisfaisants, la loi du 20 juin 1883 institua le concordat préventif, à titre d'essai, pour un délai de trois ans, les effets de cette loi devant cesser le 1^{er} janvier 1886. L'expérience ne paraissant pas suffisante, la loi avait été prorogée jusqu'au 1^{er} juillet 1887, par une loi du 23 décembre 1885. Mais avant même d'arriver à l'expiration de ce supplément de délai d'essai, la loi du 29 juin 1887 établit le concordat préventif à titre définitif². La loi belge sur le concordat préventif peut être considérée comme un prototype de la législation continentale en la matière, aussi plusieurs pays l'ont pris comme exemple ou, du moins, ont puisé dans ses principes. Nous pouvons citer le Luxembourg, qui adopta la loi belge par une loi du 14 avril 1886, et l'Égypte qui introduisit le concordat préventif, à la faveur du décret du 20 mars 1900, modifiant les articles 201-218 de son Code de commerce, retouché ensuite par le décret du 24 décembre 1905.

La Suisse a connu le concordat préventif d'abord dans quelques-uns de ses cantons; il existait dans le canton de Genève depuis une loi de 1877, modifiée le

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 27.

2. *Annuaire de la Législation Étrangère*, 1883, p. 510 et suiv. et 187, p. 563, avec des notes de Lyon-Caen.

2 décembre 1887, et dans le canton de Neuchâtel depuis la loi du 20 novembre 1885, modifiée le 20 novembre 1888. Finalement, la grande loi fédérale du 11 août 1889 introduisit le concordat dans tout le pays en l'uniformisant¹. En s'inspirant de la législation suisse, le Danemark instituait le concordat préventif par la loi du 14 avril 1905.

Actuellement, l'institution est adoptée dans les autres pays scandinaves. La Norvège en premier l'adopta par la loi du 6 mai 1899, modifiée en 1906, alors que la Suède ne l'introduisit qu'en 1927.

L'Italie connaît le concordat préventif depuis la loi du 21 mars 1903, modifiée le 10 juillet 1930, lors de l'importante modification apportée à toute la législation sur l'insolvabilité — faillite, petite faillite et concordat préventif.

En s'inspirant en bonne partie de la loi italienne, mais en prenant également comme exemple la législation belge et allemande, la Roumanie adopta le concordat préventif par la loi du 10 juillet 1929, modifiée le 4 juillet 1930 et retouchée en 1932.

Certains pays de l'Europe centrale ne connurent pas, jusqu'à la guerre, d'institution préventive de faillite, mais les circonstances extraordinaires et les conditions exceptionnelles dans lesquelles se trouvait le commerce à la suite des hostilités, firent apparaître des institutions tendant à venir en aide aux commerçants en

¹ V. Lyon-Caen et Renault *Traité de droit commercial*, t. IV, p. 454 ; V. aussi C. Jäger, *Commentaire de la loi fédérale sur les poursuites pour dettes et la faillite*.

détresse. Ainsi, l'Autriche instituait le concordat, qu'on appelait « forcé », par l'ordonnance impériale du 10 décembre 1914; la Hongrie adopta le même système par l'ordonnance du 15 mars 1915. Ces deux ordonnances ont trouvé une application dans les provinces appartenant à l'Empire austro-hongrois, devenu roumaines après le traité de Versailles; la première en Bucovine, jusqu'à la date à laquelle la loi roumaine sur le concordat préventif fut votée, la seconde en Transylvanie, jusqu'à la date du 18 mars 1915¹.

En Allemagne, nous trouvons pendant la guerre deux institutions, la première est celle de la gestion contrôlée (*Geschäftsaufsicht*), instituée par l'ordonnance du Conseil fédéral du 8 août 1916; la seconde, celle du concordat préventif, institué par une ordonnance du 14 décembre 1916, émanant de la même autorité². Le Conseil fédéral avait reçu, dès le début des hostilités, une délégation législative, par la loi du 4 août 1914, et c'est en vertu de l'article 3 de cette loi qu'elle rendit les ordonnances plus haut mentionnées. Mais ce n'est que le 5 juillet 1927³ que fut votée une loi très complète, réglementant le concordat préventif. Cette loi fut modifiée dans quelques-unes de ses parties par la loi du 26 février 1935⁴.

L'Espagne connaît le concordat préventif depuis son

1. Anca, *Procedura de concordat fortat in afara de faliment*, voir aussi Fischer, *op. cit.*

2. *Annuaire de la Législation Etrangère*, 1917-1918, p. 585 avec une note de Lyon-Caen.

3. *Annuaire de la Législation Etrangère*, 1927, p. 493 avec une note de Lyon-Caen.

4. *Reichsgesetzblatt*, du 4 mars 1935.

Code de commerce du 22 août 1885. Ce n'était pas exactement sous ce nom que l'institution est connue en Espagne. On connaissait à côté de la faillite, qui est la liquidation définitive, un état appelé la cessation de paiements. Celui qui ne pouvait pas payer ses dettes pouvait se constituer, dans un délai très bref, en état de cessation de paiements. Dans les dix jours suivants, le débiteur faisait ses propositions et pouvait demander remise de dettes ou délais. Cette procédure avait donné lieu à des abus et elle fut modifiée par une loi du 10 juin 1897, modifiant les articles 870-873 du Code de commerce. Désormais, le débiteur en cessation de paiements n'a plus droit qu'à des délais qui ne peuvent pas dépasser trois ans.

Le Portugal n'a pas une institution spéciale dite préventive de faillite, mais sa loi de 1899, dans son article 107, dispose que le concordat, tant antérieur que postérieur à la faillite, doit être conclu suivant les mêmes règles. Le concordat antérieur à la faillite n'est, somme toute, pas autre chose que le concordat préventif.

Enfin, le concordat préventif existe en Tchécoslovaquie depuis la loi du 26 avril 1923.

Nous avons donné, dans ces quelques pages, un bref aperçu de la législation étrangère concernant le concordat préventif, mais nous n'avons pas cité tous les pays qui connaissent une pareille institution. Notre but n'était pas, de fournir une liste complète des pays connaissant le concordat préventif, mais uniquement de montrer que cette institution est quelque chose de très répandu et que certains pays peuvent se targuer de la

de la connaître depuis plus d'un demi-siècle. Cette institution, relativement récente, est le produit des dernières cinquante années et ce n'est que la période troublée de la guerre et d'après-guerre qui a rendu son utilité évidente et lui a fait gagner la faveur de la plupart des pays.

SECTION II

LES TRAITS ESSENTIELS DES LOIS BELGES, ITALIENNES, ALLEMANDES ET ROUMAINES

Nous serons amené, au cours de notre seconde partie, à regarder de plus près les dispositions de quelques-unes des lois étrangères que nous avons mentionnées dans l'énumération qui précède ces lignes. Mais cela ne permettra pas au lecteur d'avoir une vue d'ensemble de ces lois. Ainsi, au risque de nous répéter, nous allons retracer brièvement les lignes générales des lois dont nous nous servirons au cours de notre seconde partie ; ces lois sont : la loi belge, la loi italienne, la loi roumaine et la loi allemande. Le choix de ces lois n'a pas été fait parce qu'il nous a paru être plus commode, nous avons trouvé un appui dans l'opinion de M. Albert Troullier, qui pense que « la Belgique, l'Italie et la Roumanie sont les trois pays qui paraissent avoir trouvé les solutions les plus pratiques et les plus profitables à l'intérêt général »¹. Nous allons étudier quel-

1. *L'Economie Nouvelle*, février 1932, p. 61.

ques-unes des dispositions de la loi allemande, la plus récente en la matière, à notre connaissance, qui, jusqu'à présent, n'a pas encore fait l'objet d'une traduction en français, car elle apporte des idées nouvelles sur certains points, permettant de retirer des enseignements et d'envisager des solutions nouvelles.

De l'étude de ces lois se dégagent cinq idées principales, qui sont communes à toutes ces législations :

1° Le concordat préventif peut être demandé en cas de cessation de paiements, comme en cas d'insolvabilité manifeste ou non, mais avant que la faillite ait été ouverte ;

2° Le concordat est une mesure de faveur accordée au commerçant malheureux et de bonne foi par les créanciers, sous la surveillance du tribunal ;

3° Le débiteur ne peut se voir maintenir le bénéfice de la loi que lorsque le concordat lui est accordé ;

4° Le débiteur garde l'administration de ses biens, mais il continue sa gestion sous une surveillance ;

5° Pas de déchéances.

*La loi belge*¹ part de l'idée que le concordat préventif est un traité mettant sur des bases nouvelles les droits des créanciers vis-à-vis du débiteur. Le débiteur se sentant dans l'impossibilité de faire face à ses engagements, s'adresse au tribunal, celui-ci se renseigne avant de prononcer son jugement sur l'admissibilité du débiteur au bénéfice de la loi. A cet effet, il délègue

1. Voir Alphonse Ruyssen, *Commentaire de la loi du 29 janvier 1887, sur le concordat préventif de faillite.*

un des membres du tribunal, lequel doit mener rapidement une enquête et déposer un rapport dans un délai très bref. Si la requête est admise, le tribunal fixe la date de l'assemblée des créanciers. Dans les trois jours, une publicité est faite par voie de presse, notamment dans le *Moniteur belge*, mais le tribunal a la faculté d'ordonner une publicité plus large, s'il le trouve opportun. Le jugement ouvrant la procédure comporte pour le débiteur une certaine incapacité : il ne peut plus aliéner, hypothéquer ou prendre certains engagements sans l'autorisation du juge-délégué. Le juge-délégué contrôle lui-même la gestion du débiteur, il n'y a pas d'administrateur.

Les créanciers sont convoqués à l'assemblée à l'aide de la publication dont nous avons parlé, mais ils recevront en outre des lettres individuelles, ou des télégrammes s'ils sont éloignés. Un exemplaire des journaux, lettres et télégrammes doit être déposé au dossier de l'affaire.

Dans l'assemblée, sous la présidence du juge-délégué et après la lecture du rapport de celui-ci, on procède à la vérification des créances et à la discussion des propositions du débiteur, qui ne pourront être admises qu'à la majorité des créanciers représentant trois quarts des créances. Pour obtenir le concordat, le débiteur n'est pas astreint par la loi de donner caution ou autres sûretés pour garantir l'exécution des propositions du concordat, mais il doit le faire si les créanciers l'exigent.

Les créanciers pouvant prendre part à l'assemblée sont ceux, n'ayant pas de sûretés réelles, mais les créan-

ciers ayant une garantie semblable, peuvent produire à condition de renoncer à leur sûreté, ou de renoncer jusqu'à concurrence de la somme produite au concordat. Les délibérations finies, un procès-verbal doit être dressé qui sera déposé au greffe à la disposition de tout intéressé. Il se peut que certains créanciers soient omis par le débiteur de la liste qu'il doit joindre à sa requête à fin de concordat et qu'ils ne soient pas atteints par la publicité faite dans les journaux. C'est un peu à leur usage que le procès-verbal reste déposé au greffe. Ces créanciers peuvent encore produire pendant huit jours à partir du dépôt du procès-verbal au greffe.

Enfin sur le rapport du juge-délégué, le tribunal procède à l'homologation du concordat après avoir convoqué et entendu le débiteur et les créanciers qui auraient fait contestation. Le jugement statue sur les contestations et l'homologation à la fois.

Le concordat homologué, le débiteur reste encore sous la surveillance du juge-délégué qui doit effectuer le contrôle tous les trois mois, et chaque fois que le tribunal l'exige. Cette disposition a été ajoutée dans la loi de 1807, la loi de 1883 ne prévoyait de contrôle, que sur la demande du tribunal, mais cela faisait que la plupart du temps le débiteur restait non contrôlé.

La loi belge dispose qu'une clause de paiement intégral des dettes doit être insérée dans tout traité de concordat pour le cas de retour du débiteur à meilleure fortune.

En résumé la loi belge consacre les principes suivants : permettre aux débiteurs, se trouvant dans des conditions

particulièrement intéressantes, de modifier les conventions primitives passées avec leurs créanciers, sans procéder à la liquidation du commerce, sans procéder au dessaisissement et sans les combler d'infamie ; opérer ce changement avec le consentement des créanciers en tenant compte de leur opinion et en leur faisant prendre une part active dans les opérations de concordat ; assurer le gage des créanciers par une surveillance efficace de la gestion du débiteur.

La législation italienne.

L'idée du concordat préventif remonte assez loin en Italie. Dès avant 1895, on y rencontre un projet qui devait finalement aboutir à la loi de 1903.

Les dispositions essentielles sont les suivantes : le concordat préventif peut être demandé par tout commerçant dont la situation financière se trouve obérée, mais avant que la faillite ait été déclarée. Le tribunal recherche si le débiteur ne se trouve dans aucune des conditions faisant obstacle à son admission au bénéfice du concordat préventif ; s'il trouve la requête admissible, il ordonne la convocation des créanciers en fixant la date de l'assemblée, qui doit être incluse dans un certain délai. Cette date sera communiquée au créancier et publiée. Pour surveiller le débiteur, qui garde l'administration de son patrimoine, il sera nommé un commissaire qui ne soit pas un créancier.

La publicité faite autour du jugement d'ouverture de la procédure est assez étendue, et en dehors de cela les créanciers seront convoqués par lettre ou par télégramme.

Pour les sociétés ayant émis des obligations, une publicité spéciale peut être ordonnée par le jugement d'ouverture.

Les poursuites individuelles sont suspendues du moment de la présentation de la demande à fin de concordat.

L'assemblée des créanciers a lieu sous la présidence du juge-délégué, on y vérifie les créances, on peut les contester et finalement on y statue sur les propositions du débiteur. Le concordat est conclu avec la majorité des créanciers, représentant trois quarts des créances. Les créanciers, qui n'auront pas été présents à l'assemblée, pourront envoyer leur adhésion dans un certain délai après la clôture de cette l'assemblée. A l'assemblée il est dressé un procès-verbal qui doit être signé par les parties et sur lequel le greffier inscrit ensuite les adhésions ultérieures.

Le juge-délégué doit envoyer l'affaire devant l'instance d'homologation, toujours dans un délai assez bref. Le tribunal décide, après avoir entendu le rapport du juge-délégué, et les parties peuvent intervenir dans l'instance. Le tribunal vérifie si la majorité requise est bien réunie et ordonne par le jugement d'homologation, le dépôt judiciaire des sommes correspondantes aux créances contestées. Il vérifie également si le débiteur offre le minimum de dividende que la loi lui impose, à savoir 40 %, et si les garanties d'exécution sont fournies.

Au cas où le concordat n'est pas homologué le tribunal déclare la faillite d'office.

Tant que les engagements pris dans le traité de concordat ne sont pas exécutés, le débiteur ne peut pas aliéner,

hypothéquer ni gager d'une façon quelconque ses immeubles, il ne peut pas non plus donner une autre affectation aux biens destinés à la continuation de son industrie, ou de son commerce.

Au cas où le concordat est demandé par une société ayant émis des obligations, les créanciers obligataires seront convoqués en assemblée à part, le traité à leur égard pourra contenir les dispositions spéciales en tenant compte de l'acte d'émission. Les propositions de concordat doivent être votées par des porteurs représentant au moins deux tiers du total des obligations émises et non éteintes. Pour la procédure relative aux créanciers obligataires les délais sont différents, que pour les autres créanciers, ils sont généralement plus longs.

Le concordat homologué peut être attaqué pendant un an, pour fraude du débiteur. Par là les cautions seront libérées ; mais ni le débiteur, ni les cautions ne peuvent exiger le remboursement de ce qu'ils ont payé.

La résolution du concordat pour la non exécution des obligations n'est pas admise, mais si le débiteur ne satisfait pas à ses obligations, tout créancier pourra demander la déclaration en faillite.

Telles sont les dispositions de la loi italienne de 1903.

Entre la loi de 1903 et celle du 10 juillet 1930, nous trouvons en Italie le projet d'un nouveau Code de commerce qui maintient le concordat préventif avec les principes de base de la loi de 1903, mais en y apportant quelques modifications. Ainsi le commerçant qui veut obtenir le bénéfice du concordat doit être régulièrement inscrit sur le registre du commerce. Le débiteur ne pourra

plus garder par devers lui les sommes qu'il touchera au cours de la procédure, le commissaire devra les déposer — dit l'article 662 du projet — à son nom, dans un bureau postal local, ou dans une banque désignée par le juge-délégué, exceptées les sommes que le juge aura fixées comme nécessaire à la continuation du commerce et à l'entretien du débiteur et de sa famille.

Dans le cas de désaccord sur une question d'administration du patrimoine entre le débiteur et le commissaire, le juge-délégué serait appelé à les départager.

Quant au vote des créanciers le projet propose de maintenir les majorités exigées par la loi de 1903, mais de calculer la majorité en nombre non seulement d'après les créanciers présents à l'assemblée ou représentés, mais aussi en tenant compte de ceux qui auraient donné leur adhésion ultérieurement. D'autre part, le délai d'adhésion ultérieure sera réduit à cinq jours au lieu de vingt. Des changements sans beaucoup d'importance sont proposés quant à la publicité. Il faut retenir uniquement que la publicité dans la loi italienne est assez large, sensiblement la même que pour la faillite ; plus étendue lorsque des sociétés ayant émis des obligations se trouvent en cause, elle peut être dans tous les cas renforcée suivant la bonne inspiration du tribunal.

En attendant que la réforme d'ensemble sur les institutions relatives à l'insolvabilité, la loi du 10 juillet 1930 a apporté les modifications les plus urgentes¹.

1. Leone Bolafio, « I criteri dominanti e inovatori nella recenta reforma deli istituti falimentari », *Studi di diritto commerciale*, II, p. 419.

Quant au concordat préventif les modifications de la loi 1930 sont les suivantes. Pour que le débiteur soit admis au bénéfice du concordat préventif il ne faut pas qu'il ait été déclaré en faillite, ou qu'il ait obtenu le concordat dans les cinq dernières années précédant la demande de concordat. Les sociétés commerciales doivent être légalement constituées depuis au moins deux ans.

Quant au minimum le dividende fixé à 40 %, par la loi de 1903, il est maintenu, mais le débiteur doit fournir des garanties de pouvoir le payer dans un délai de six mois à partir de l'homologation, et de pouvoir servir les intérêts légaux des sommes qu'il n'aura pas pu payer à l'expiration dudit délai.

Au cas de non exécution des obligations, prises dans le traité de concordat, ou de la non constitution des garanties promises, le tribunal peut, à la demande des créanciers, du commissaire qui a cessé ses fonctions et même d'office, déclarer le débiteur en état de faillite.

La législation allemande.

Par les ordonnances de 1916, il fut instituée en Allemagne une procédure à double degré, le premier était la gestion surveillée, le second le concordat forcé ou compromis forcé (*Zwangsvergleich*). Le débiteur sentant sa situation devenir mauvaise, se voyant menacé de suspendre ses paiements, avait le moyen de s'adresser au tribunal pour lui demander la nomination d'un contrôleur, qui devait l'assister et surveiller ses opérations en vue du règlement de son passif. Un comité de créanciers pouvait être adjoint au contrôleur. Si le débiteur arrivait à régler

ses dettes, tout était pour le mieux, s'il n'y parvenait pas c'était le concordat préventif, qui constituait le second degré de la procédure. Le concordat ne pouvait être demandé que par le débiteur qui avait commencé par se soumettre au contrôle, on ne pouvait pas demander d'emblée le concordat. Dans ce cas une publicité était faite lors de l'ouverture de la procédure, mais elle n'était plus réitérée.

Le débiteur entamait les pourparlers, avec les créanciers, assisté du contrôleur, mais sans le contrôle de la justice. Ce n'était que lorsqu'il obtenait la majorité requise, à savoir majorité en *nombre* représentant trois quarts en somme, qu'il saisissait le tribunal, qui procédait à la vérification des créances contestées, douteuses ou soumises à des modalités juridiques. Le tribunal avait la faculté de convoquer les créanciers en assemblée ou non, car la majorité était réputée consentante. L'égalité entre les créanciers pouvait ne pas être respectée si la majorité des créanciers y consentait. Le concordat homologué ne s'appliquait qu'aux créanciers ayant participé à la procédure, ceux qui n'y avaient pas été impliqués ou qui avaient été omis de la liste que le débiteur devait présenter au tribunal, ne pouvaient pas se voir opposer le traité de concordat.

Ces dispositions assez originales avaient l'avantage d'aider le débiteur et de prévenir les fraudes ; il était en effet assez difficile à un débiteur de manœuvrer au détriment des créanciers, puisque, pour obtenir le concordat, il devait se soumettre au préalable au contrôle d'un délégué du tribunal.

Ces ordonnances avaient un caractère transitoire, elles étaient faites en vue de la situation anormale que la guerre avait créée, mais comme cette situation se prolongeait, le législateur allemand avait fini par introduire le concordat préventif, à titre définitif par une loi du mois de juin 1927, entrée en vigueur le 1^{er} octobre de la même année.

Cette loi a été modifiée pour partie en 1935. La nouvelle loi fort longue, réglemente dans tout ses détails le concordat préventif et contient des dispositions spéciales pour les sociétés et pour les coopératives.

Les traits essentiels sont les suivants. La mise en œuvre de la procédure n'appartient qu'au débiteur, celui-ci commence à être surveillé dès le dépôt de sa requête, avant même que le tribunal ait statué sur son admissibilité. Il y a en cela une innovation que la loi de 1927 ne connaissait pas et sur certains points une ressemblance avec la procédure de la gestion surveillée. Pour être admis au bénéfice de concordat, le créancier doit remplir certaines conditions. Ainsi ne sera pas admise la requête du débiteur qui aura fait faillite dans les cinq dernières années précédant la demande, ou qui aura obtenu un concordat, ou qui n'aura pas tenu une comptabilité régulière, ou aura compromis par son inadvertance ou sa malveillance son actif, ou qui, même si le concordat lui est accordé, n'arrivera pas à se maintenir.

Après l'admission de la requête il sera nommé un administrateur définitif, avec des pouvoirs assez étendus, et la décision du tribunal sera publiée; elle fera l'objet d'une large publicité. Il sera dressé une liste des

créanciers qui sera susceptible d'être corrigée en l'assemblée des créanciers. Les créanciers seront réunis en assemblée, le débiteur et l'administrateur devront être présents et donner des explications. Les créanciers pourront donner leur adhésion par écrit, à condition qu'elle parvienne avant la fin du vote. Le débiteur devra offrir un minimum de dividende. Le concordat sera conclu si la majorité des créanciers représentant trois quarts des créances y adhèrent, mais si le débiteur offre moins de la moitié de ce qu'il doit, la majorité des créanciers doit représenter quatre cinquièmes des créances.

Le concordat devra ensuite être homologué et il sera alors opposable à tous les créanciers, même à ceux qui n'auraient pas pris part à la procédure. Le tribunal pourra refuser l'homologation si les dispositions de la loi n'ont pas été observées, si le débiteur est fugitif ou s'il a été condamné pour banqueroute, s'il a favorisé un ou certains créanciers, si le concordat est contraire à l'assemblée générale des créanciers.

En cas de refus d'homologation le tribunal devra statuer d'office sur l'ouverture de la faillite, mais il peut ne pas la déclarer.

Pour se garantir de l'exécution du concordat, les créanciers peuvent prendre par l'intermédiaire d'un surveillant (*Sachvalter*) une hypothèque de sûreté sur les biens du débiteur. Le tribunal pourra maintenir en outre certaines incapacités de disposer à la charge du débiteur.

L'annulation pourra être demandée par tout créancier visé par le concordat, s'il a été obtenu par dol, mais le

créancier doit prouver qu'il n'a pas pu invoquer ce motif au cours de la procédure de concordat.

La loi roumaine a été inspirée en bonne partie par la loi italienne, mais elle a des ressemblances avec la loi belge et certaines de ses dispositions sont influencées par la loi allemande. La procédure est à peu près la même que la procédure italienne, mais il n'y a pas d'administrateur, la surveillance est exercée par le juge-délégué et par une commission de créanciers. Les créanciers obligataires ne sont pas réunis en assemblée à part.

Les dispositions de cette loi ont été considérées avec faveur¹, mais nous allons voir, dans la seconde partie de cet ouvrage, que ses résultats n'ont pas été sur tous les points les plus louables.

1. Wahl, « Le concordat préventif en Roumanie », *Revue critique*, 1930.

DEUXIÈME PARTIE

Les différentes phases du Concordat préventif

CHAPITRE PREMIER

OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

SECTION I

QUI PEUT DEMANDER LE CONCORDAT ?

Le concordat est fait en principe tant pour les commerçants individus que pour les sociétés, ce que nous allons étudier dans deux paragraphes.

§ 1. — *Les commerçants individus.*

La procédure du concordat préventif est faite à l'avantage du débiteur. Il n'est pas moins vrai qu'elle est faite aussi pour sauvegarder les intérêts des créanciers, mais le trait caractéristique est son caractère préventif ; c'est en premier lieu, et avant tout, une institution faite pour sauver le débiteur des désastres d'une faillite. Il est donc en quelque sorte normal, que ce soit le débiteur seul qui soit en droit d'en demander la mise en œuvre et, sous certaines conditions, ses héritiers.

A. *Le débiteur.*

La liquidation judiciaire « ne peut être ordonnée que sur requête présentée par le débiteur » (art. 2, 1^{er} al.), ou par les héritiers en cas de décès de celui-ci en tenant compte de certaines conditions¹. Le même, était le cas du règlement transactionnel, à cette différence près que la loi ne spécifiait pas si les héritiers avaient le droit de le demander, en cas de décès de leur auteur.

Donc un créancier qui veut demander la mise en liquidation judiciaire de son débiteur, ne peut pas le *faire*. Logiquement rien ne s'y opposerait.

En admettant que le créancier respecte le délai de 15 jours pour le dépôt de la requête, qu'il prouve en outre que le débiteur est malheureux et de bonne foi, il serait, en principe, normal qu'il puisse demander la mise en liquidation judiciaire du débiteur. Telle est l'opinion de Lyon-Caen et Renault². En l'état de choses actuel, un créancier ne peut demander que la faillite de son débiteur. S'il le fait par une assignation en déclaration de faillite, à l'audience du tribunal de commerce, le débiteur a le droit de demander la liquidation judiciaire, s'il se

1. Il y avait pourtant deux cas qu'on peut citer uniquement pour mémoire, dans lesquels la liquidation judiciaire pouvait être ouverte sans l'intervention du créancier ou de ses héritiers. Le premier était celui prévu par l'article 15 de la loi du 2 juillet 1919, lequel disposait que « le tribunal déclare d'office le débiteur en état de liquidation judiciaire ou de faillite », lorsque l'homologation du règlement lui avait été refusée, ou lorsque le débiteur ne s'était pas présenté à l'assemblée des créanciers sans excuse valable. Le tribunal avait la faculté d'ouvrir la liquidation judiciaire si, bien entendu, il n'y avait pas la fraude de la part du débiteur. Le second cas était celui de l'article 9 de la loi du 27 décembre 1920, disposant que la faillite ne pouvait être déclarée en cas de cessation de paiements d'un débiteur mort pour la France, mais la liquidation judiciaire pouvait être ouverte sur la demande d'un créancier.

2. *Manuel de Droit commercial*, 1928, p. 1220.

trouve encore dans le délai de 15 jours depuis la cessation des paiements. Mais la faillite peut être déclarée d'office ou sur requête à fin de faillite d'un créancier. Dans ces cas le débiteur n'a aucun moyen de l'arrêter et de demander la liquidation judiciaire s'il ne l'a pas fait auparavant.

La question s'était posée au sein de la Société d'Etudes Législatives¹, lors de la discussion des réformes à apporter à la liquidation judiciaire et la solution suivante a été proposée : lorsqu'une requête à fin de faillite est présentée au tribunal au cours du délai de présentation de la requête à fin de liquidation judiciaire, le tribunal devrait avoir le droit de convoquer le débiteur en Chambre de Conseil et, après avoir entendu ses explications, de lui accorder la liquidation judiciaire, s'il la mérite.

C'est un excellent moyen d'éviter que le débiteur soit pris au dépourvu. Mais on s'est arrêté là en ce qui concerne la réforme à apporter sur ce point à la liquidation judiciaire et on n'est pas allé jusqu'à autoriser les créanciers à la demander pour leur débiteur.

En ce qui concerne le concordat préventif, la question est un peu différente. On peut concevoir que le concordat peut être demandé avant même qu'il y ait cessation de paiements, que le simple fait d'un déséquilibre entre l'actif et le passif, justifie la requête. Dans ce cas on ne voit pas très bien comment un créancier pourrait demander le concordat pour son débiteur.

Les difficultés du débiteur peuvent ne pas encore être connues que par lui, et même si les autres seraient

1. *Annuaire de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 166 et suiv.

en mesure de les connaître, il y a une question d'opportunité que seul le débiteur peut apprécier.

On pourrait en dire autant de la liquidation judiciaire si on ne tenait pas compte du fait, que dans ce cas l'ouverture de la procédure est conditionnée par la cessation de paiements, qui renseigne les créanciers, ou du moins certains d'entre eux, que le débiteur est en difficulté, et ils sauront pertinemment désormais que si cet état continue, la faillite devient inévitable — à moins que la liquidation judiciaire ne soit demandée en temps voulu.

Il apparaît alors plus clairement pourquoi on pourrait concevoir le droit pour les créanciers de demander la mise en liquidation judiciaire du débiteur et pourquoi il devient plus mal aisé lorsqu'il s'agit du concordat préventif.

Une raison, qui va aussi bien pour la liquidation judiciaire que pour le concordat préventif et, qui nous fait croire que le débiteur seul soit en état de demander le bénéfice d'une procédure de clémence, c'est que cette procédure est conditionnée par la bonne foi chez le débiteur et par la preuve que des circonstances extraordinaires et malheureuses l'ont conduit à la ruine. Nous sommes ici dans le domaine contractuel et le simple fait de la non exécution des obligations engage la responsabilité du débiteur, c'est à lui de prouver sa bonne foi et les circonstances qui ont concourru à son malheur. Ce n'est qu'à lui de demander le bénéfice d'une loi de faveur. Il faut aussi tenir compte du fait, que le concordat préventif est une grâce qu'on fait au débiteur et ce serait quelque peu décevant de laisser le soin à d'autres de la

demander pour lui. S'il ne le fait pas, c'est qu'il n'en a pas besoin, ou qu'il ne se trouve pas en état de la demander.

Les lois étrangères sont dans ce sens. La loi belge ¹ dit : « *le débiteur commerçant* peut éviter la déclaration en faillite »... et la loi italienne ² parle de « *tout commerçant* » ... La loi allemande ³ est plus catégorique, elle précise que : « la demande ne peut être présentée *que par le débiteur* ».

Ce point de vue paraît être le plus acceptable. Lorsque la loi accorde un avantage à un commerçant il faut que ce soit à lui de montrer qu'il veut en profiter. La question est d'ailleurs sans beaucoup d'importance car même si on accordait le droit aux créanciers de requérir le concordat préventif pour leur débiteur, le cas se présenterait plus tôt rarement.

B. *Les héritiers.*

S'il n'y a pas beaucoup d'intérêt à accorder le droit de demander le concordat aux créanciers, il y en a par contre à l'accorder aux héritiers d'un commerçant, mort en état d'insolvabilité, ou dont l'insolvabilité s'est déclarée peu de temps après sa mort. A cela il y aurait une objection ; le concordat préventif est fait pour éviter la faillite à un commerçant qui continuera son commerce après avoir été allégé d'une partie de ses dettes et non pas pour lui faciliter une liquidation à l'abri des rigueurs de la faillite. Si les héritiers entendent deman-

1. Article 1^{er}.

2. Article 1^{er}.

3. § 2, 2^e alinéa.

der le concordat afin de liquider le patrimoine du défunt devrait-on le leur accorder ? Il y a une raison qui s'oppose à l'objection sus-indiquée et qui milite pour une réponse affirmative. Il se peut que le débiteur, à la charge duquel on ne peut trouver rien de répréhensible, soit décédé en laissant une succession plutôt obérée. Ses héritiers auront toujours le droit de l'accepter sous bénéfice d'inventaire s'ils ne veulent payer les dettes de leur auteur *ultra vires*, mais il faut penser qu'à défaut de concordat, une flétrissure sera infligée indûment à la mémoire du débiteur, et cela sans aucun avantage pour les créanciers.

Dans une seconde hypothèse on peut imaginer des héritiers qui demandent le concordat non pas pour liquider, mais pour continuer le commerce. Dans ce cas il paraît très normal qu'ils aient le droit de demander le concordat non seulement comme héritiers, mais en leur propre nom. Il n'y a pas de raison qu'on le leur refuse, du moment qu'ils sont de bonne foi et qu'ils ont hérité d'un fonds de commerce chargé d'un lourd passif duquel ils ne sont pas responsables et nous supposons que leur auteur ne le fût pas non plus.

Le règlement transactionnel n'a pas envisagé le droit des héritiers de demander le bénéfice du règlement. On aurait pu être tenté de penser qu'en aucun cas, vu le silence de la loi, ce bénéfice n'aurait pas pu leur être accordé. Il a été toutefois soutenu, que ce droit aurait dû être refusé uniquement aux héritiers qui n'entendaient pas continuer le commerce de leur auteur à titre

personnel¹. Par conséquent les héritiers ayant accepté la succession, avec l'intention de continuer le commerce, auraient pu demander le règlement. Nous pensons que ce point de vue est juste, mais que les héritiers étaient en droit de demander le règlement non pas en tant qu'héritiers, mais à titre personnel, comme tout commerçant se trouvant en difficulté durant le délai d'application de la loi du 2 juillet 1919.

La loi belge dans sa teneur première de 1883, ne contenait aucune disposition à ce sujet ; pour mettre fin aux discussions, elle avait été complétée en 1887 par un alinéa ajouté à l'article 1^{er}, décidant que : « le concordat peut être également accordé après le décès du débiteur ». La question n'a pas été réglée ni par la loi allemande, ni par la loi italienne, mais à propos de cette dernière, des discussions ont eu lieu², ce qui a amené le législateur roumain, qui s'en est inspiré à décider, que les héritiers peuvent demander le concordat, dans l'année du décès de leur auteur, s'ils n'ont pas renoncé à la succession. Le fait de demander le concordat n'implique pas l'acceptation de la succession, mais le fait de continuer le commerce l'implique³.

Les propositions françaises ne s'occupent pas de la question — à l'exception du projet de la Commission du commerce et de l'industrie, de la Chambre des Députés, qui reproduit, sur ce point, les dispositions de la loi du 4 mars 1889 — et c'est peut être une lacune dont une

1. Herbulot et Tchernoff, *op. cit.*, p. 51.

2. Cf., St. Ionesco, *Noua lege a concordatului preventiv*, p. 117.

3. Article 1^{er}, 2^e alinéa.

loi éventuelle devrait tenir compte, car c'est un point susceptible de donner lieu à des controverses.

§ 2. — *Les sociétés.*

Le concordat préventif s'applique aussi bien aux sociétés commerciales qu'aux commerçants individus, il n'y a, en effet, pas de raison de traiter moins bien les sociétés qui peuvent être en butte aux mêmes difficultés que les simples individus. Il est certain qu'un commerçant est plus atteint en son honneur, par le fait de tomber en faillite, mais le concordat préventif n'est pas fait uniquement pour sauvegarder l'honneur d'un débiteur défaillant, il est conçu avant tout pour sauver son patrimoine.

L'une des propositions à la Chambre des Députés, celle de M. Boudouin-Bugnet¹ entendait instituer un régime de faveur non applicable aux sociétés commerciales. Le cas normal nous paraît être celui de toutes les législations étrangères, de la législation existante en France et du règlement transactionnel, où nulle distinction n'est faite quant à l'admission au bénéfice de la liquidation ou du concordat entre les commerçants individus et les sociétés.

Une fois d'accord sur le point que, quiconque fait un commerce sous une forme quelconque, doit être susceptible de tomber en faillite et de se voir appliquer toutes les dispositions ou lois qui y ont trait, il nous reste à voir, qui, au nom d'une société, doit être en droit de

1. Article 12.

requérir le bénéfice du concordat. La loi du 2 juillet 1919, dans son article 22 prévoyait que, pour les sociétés en nom collectif, ou en commandite, la requête devait être signée par celui ou ceux des associés qui ont la signature sociale, alors que pour les sociétés anonymes ou en commandite par actions, l'assemblée générale, devait décider, dans la forme et avec la majorité requise par des statuts, pour la dissolution anticipée de la société. Ces dispositions paraissaient avoir un inconvénient, surtout pour les sociétés par actions, lesquelles pouvaient être parfois fort gênées et retardées, pour le dépôt de la requête à fin de règlement, à cause des multiples assemblées qu'elles devaient tenir.

Aussi la loi du 28 avril 1922, modifiait le 3^e alinéa de l'article 22 de la loi de 1919 et décidait que désormais la requête pouvait être déposée par l'administrateur, spécialement autorisé à cet effet par une délibération du conseil de direction.

En ce qui concerne les sociétés en nom collectif, il n'a pas été apporté de modification. Au sujet de la signature de la requête de ces sociétés, on a fait valoir au sein de la Société d'Etudes Législatives¹ que le fait de demander la signature de tous les associés gérants peut présenter quelquefois des inconvénients. En présence de plusieurs associés il se peut qu'il y ait un récalcitrant, qui refuse la sienne. Les autres associés n'auront aucun moyen d'enfreindre la résistance de leur coassocié. Mais il peut aussi y avoir un revers de la question. Il se

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 234 et suiv.

peut que l'un des associés, ou quelques-uns, veuillent déposer la requête dans le but de nuire au crédit de la société; aussi anormal que cela puisse paraître, le cas peut pourtant se trouver.

Il a été proposé de donner le droit au tribunal de trancher le différend, lorsque tous les associés, disposant de la signature sociale, ne sont pas d'accord et de juger par là même de l'opportunité du dépôt de la requête.

SECTION II

CONDITIONS D'ADMISSION AU BÉNÉFICE

DU CONCORDAT

Parmi ces conditions, nous allons passer en revue quelques-unes autour desquelles une discussion pourrait naître. Il serait trop fastidieux de reprendre les conditions édictées par chacune des lois dont nous nous sommes proposé de tirer des exemples, afin d'éclaircir les problèmes qui nous intéressent. Ce serait en même temps sans utilité, car toutes ces lois se ressemblent sur beaucoup de points. Nous allons donc étudier les conditions suivantes : a) la qualité de commerçant, b) l'état d'insolvabilité par suite de circonstances malheureuses, c) la bonne foi.

§ 1. — *La qualité de commerçant.*

C'est une condition qui n'est pas exigée partout. En effet, il y a des pays qui connaissent la faillite des non-commerçants. Il y a de ceux qui appliquent indistincte-

ment la même loi aux commerçants et aux non-commerçants et de ceux qui connaissent une faillite des commerçants et une faillite des non-commerçants¹. En France, la faillite est propre aux commerçants, du moins depuis la législation napoléonienne et il serait difficile d'admettre qu'il puisse en être autrement pour le concordat préventif. Il a été maintes fois soutenu que la distinction entre commerçants et non-commerçants, quant à l'application d'une procédure de liquidation collective, serait demeurée sans raison, à une époque qui se caractérise par la commercialisation toujours croissante de la vie civile. C'est un point de vue qui peut se soutenir fort bien, comme on peut soutenir l'abolition de toute distinction entre la matière civile et commerciale. On a soutenu que si l'assimilation ne doit pas se faire sur tous les points quant à l'insolvabilité entre les commerçants et les non-commerçants, au moins faut-il les assimiler quant au régime du concordat préventif¹. La question s'était même posée au sein de la Haute-Assemblée dans un pays où la faillite n'est pas applicable aux non-commerçants²; on y avait soutenu la nécessité de l'extension du régime du concordat aux autres débiteurs qu'aux commerçants, mais ce point de vue n'a pas prévalu.

Quelles que fussent les raisons d'équité ou autres, qui militent pour l'admission des non-commerçants au

1. Dans la première catégorie entrent l'Angleterre, les Etats-Unis, les Pays-Bas ; dans la seconde l'Autriche, la Hongrie, la Suisse, le Danemark, la Norvège et l'Egypte. Voir, *De la faillite civile*, thèse par Jan, Paris, 1921.

1. Percerou, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, p. 138.

2. Il s'agit de la Roumanie, discussion au Sénat reproduite par St. Ionesco, *op. cit.*, p. 106.

bénéfice d'un régime de concours, il y en a une qui s'y oppose — et c'est une question de logique juridique — ; autant que la faillite ne s'applique qu'à une seule catégorie de gens, on ne peut pas penser appliquer à d'autres ce que serait le préventif d'un mal qui ne risque pas de les atteindre. Lorsqu'on veut prévenir la faillite, on ne peut songer qu'à ceux, auxquels celle-ci pourrait être appliquée.

On peut pourtant aisément admettre, qu'un régime semblable au concordat préventif pour les agriculteurs, leur permettrait de se décharger d'une partie de leur passif, et ce serait là très certainement un bien pour cette branche de production, en tenant compte de l'état actuel de l'agriculture ; seulement dans ce cas, il faudrait englober dans les dettes réductibles ou susceptibles d'un atermoiement, celles garanties par une hypothèque, sans quoi on n'aurait pas fait grand'chose. Mais c'est là une question qui sort du cadre de notre travail et qui pourrait, à elle seule, faire l'objet d'une étude à part.

En France, la règle que la faillite et tout ce qui y a trait, ne s'applique qu'aux commerçants est si bien ancrée, qu'on n'a même pas eu l'idée de la discuter, lorsqu'on a songé à introduire le concordat préventif ; les projets français n'ont pas pensé aux non-commerçants.

§ 2. — *Commerçant insolvable, malheureux et de bonne foi.*

Nous avons à étudier ici deux points, qui touchent à l'essence même de notre institution, la notion de l'insol-

vabilité dans le concordat préventif et la notion de bonne foi et des circonstances malheureuses.

I. — LA NOTION DE L'INSOLVABILITÉ

Nous avons déjà avancé sur ce point, lors de l'exposé de la loi du 2 juillet 1919, en disant que le règlement transactionnel était une loi à caractère préventif, que ce qu'on cherchait, c'était d'éviter la faillite et que dès lors il ne fallait pas attendre la cessation de paiements, il fallait prendre les devants. La question a été controversée à juste titre, car les termes de la loi n'étaient pas d'une clarté à éviter toute discussion. Il s'agissait du commerçant « qui ne peut pas faire face à ses engagements ». Des commentateurs de la loi¹ ont soutenu que c'est bien de la cessation de paiements qu'il était question, car le règlement transactionnel s'attachant à la législation sur la faillite et la liquidation judiciaire, « seulement un état de suspension ou de cessation de paiements » pouvait motiver l'admission au bénéfice du règlement, le simple état d'insolvabilité résultant d'une comparaison de l'actif et du passif, n'aurait pas dû suffire. Mais ces mêmes commentateurs pensaient que la requête aurait dû être déposée — pour ne pas s'exposer à des reproches justifiés — dès que les premières réclamations, de la part des créanciers, se seraient produites. Donc, même dans l'idée de ces commentateurs, ce n'est pas la cessation de paiements telle qu'on l'entend dans la faillite et la liquidation judiciaire qui devait justifier l'admission au règlement.

1. Herbulot et Tchernoff, *op. cit.*, p. 53.

D'autres ont soutenu que le règlement transactionnel était bien une loi à caractère préventif. La jurisprudence ne s'est pas trompée sur le sens de la loi et à plusieurs reprises elle avait refusé le bénéfice du règlement transactionnel en déclarant la faillite, dans des cas où il résultait de la requête même du débiteur, que celui-ci se trouvait en état de cessation de paiements, depuis un certain temps¹. L'insolvabilité traduite ou non à l'extérieur justifiait la requête à fin du règlement, il suffisait même d'une simple insolvabilité virtuelle, mais toutefois certaine, nul n'était besoin d'attendre une assignation ou les poursuites individuelles, pour demander le règlement. Le cas du règlement transactionnel était quelque peu spécial, en ce qu'il venait à la suite d'une longue période de moratoire, pendant laquelle une insolvabilité même remontant assez loin, aurait pu ne pas se traduire par une cessation de paiements, il était, par conséquent, malaisé de tracer les limites de la cessation de paiements et de l'insolvabilité, force était aux juges de s'attacher le plus souvent à cette dernière notion.

Telle était la situation pour le règlement transactionnel, alors que pour la liquidation judiciaire, il faut attendre la cessation de paiement et recourir ensuite au tribunal dans un délai très bref. Ce sont là deux systèmes et il nous reste à examiner quel est celui qui convient au concordat préventif.

Une discussion sur ce sujet avait eu lieu en Italie.

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 47-58. — V. aussi, G. Marais, « De la condition de fond requise pour l'admission d'un commerçant au bénéfice du règlement transactionnel », *Revue pratique de législation et jurisprudence du Tribunal de la Seine*, 1921, I, p. 73 et 1921, 2, p. 295.

On avait soutenu d'un côté que le concordat préventif, ayant pour but d'éviter la faillite, il n'y a que celui qui se trouve dans une situation telle qu'il puisse être déclaré en faillite, qui peut en demander l'application. Il faut donc que le débiteur se trouve dans une situation à laquelle ne manque pour devenir faillite, que la manifestation extérieure de la cessation de paiements. Et cette manifestation est justement la demande de concordat adressée au tribunal. Mais la cessation de paiements serait plutôt une présomption implicite du concordat qu'une condition pour sa mise en œuvre¹. D'un autre côté, on a soutenu que le concordat préventif cherche à prévenir, non seulement la faillite, mais la cessation de paiements elle-même, par conséquent le débiteur en le demandant, ne manifeste nullement l'intention de rendre matérielle une cessation de paiements, qui n'attend qu'un signe extérieur pour pouvoir être appréhendée ; c'est là l'opinion même de Bolaffio, l'auteur de la loi italienne de 1903².

La vérité nous paraît être de ce côté. Le concordat préventif doit prendre le contrepied de la faillite. Il doit s'appliquer non pas à ceux qui sont aux abords de la faillite, mais à ceux qui, étant menacés, ne veulent pas y arriver, sans cela la loi ne peut pas atteindre son but. Il faut laisser au débiteur, prévoyant et soucieux de la bonne marche de son commerce, le droit de prévenir avant qu'il ne soit trop tard. Ces choses ont été bien comprises par les législateurs étrangers, lesquels admettent pour la plupart du temps que l'insolvabilité suffit

1. Bonelli, *Del Fallimento*. III, N° 857 et 859, cité par St. Ionesco.

2. Cité également par St. Ionesco, *op. cit.*, p. 124.

pour demander le concordat ; cela se comprend aisément, du moment qu'on admet qu'aucun signe extérieur ne doit conditionner l'admission d'une demande à fin de concordat. Mais un correctif s'impose. Du moment que le débiteur est admissible à faire valoir ses droits au bénéfice du concordat préventif, avant qu'il ait été en cessation de paiements, il ne faut pas qu'il le fasse dans l'unique but de se décharger d'une partie de son passif. Il faut que sa situation soit effectivement obérée. Il ne doit pas suffire, par exemple, d'une perte traduite au bilan par l'achat de marchandises à un prix très élevé, dont le cours soit tombé très bas quelque temps après, car cette perte pourrait disparaître plus tard par une hausse du cours de ces marchandises. Il faut que la perte soit sûre et qu'elle résulte, non seulement de l'inventaire, mais d'un marché déjà conclu. Il faut un déséquilibre entre le passif et l'actif qui justifie sinon une remise de dettes au moins un atermolement¹. Il faut que le débiteur se trouve à mi-chemin entre la faillite et l'équilibre, qu'il soit en état de se relever avec un sacrifice modéré de la part des créanciers, et que sa situation ne soit pas de celle qui lui permette de se relever tout seul, avec un sacrifice et un effort de sa part. A ce sujet la loi allemande dit que la demande doit être rejetée si « la proposition de concordat ne correspond pas à la situation patrimoniale du débiteur, soit qu'il offre trop ou trop peu (Zuwenig oder Zuviel), § 18, 3^e. La formule est heureuse ; si le débi-

1. St. Ionesco, *op. cit.*, p. 125.

teur peut offrir trop, c'est qu'il peut avec un petit effort se relever tout seul, donc il n'a pas besoin de recourir au concordat, s'il offre trop peu, c'est ou bien qu'il a gaspillé ou laissé dépérir son actif, auquel cas il ne mérite pas le concordat, pour avoir agi négligemment, ou bien qu'il peut offrir davantage et ne le fait pas, et alors il est malhonnête et il mérite encore moins les avantages de la loi.

Si, en principe, le débiteur peut demander le concordat avant que sa situation se soit manifestée, cela ne signifie pas qu'il ne peut le demander qu'alors. Généralement la voie lui est ouverte tant que la faillite n'a pas été déclarée, même si elle a été demandée. « La demande n'est plus recevable après l'ouverture de la faillite »¹, et la loi allemande de 1927 spécifiait dans son paragraphe 1^{er} que le concordat pouvait être demandé « même lorsque la faillite a été demandée contre le commerçant... ». La loi italienne dit « tant que la faillite n'est pas déclarée », et la loi belge : « afin d'éviter la déclaration en faillite ».

D'après ces lois, le débiteur en cessation de paiements peut demander le concordat, à cette seule condition de prendre les devants et de ne pas se laisser déclarer en faillite. En fait, on ne fait jamais trop de distinction entre le débiteur insolvable et le débiteur en état de cessation de paiements; il n'y a que dans la loi allemande de 1927 qu'on rencontre ces doubles expressions de « *Zahlungsfähig* et *Überschuldung* » — cessation de paiements et insolvabilité — et cela montre

1. Loi allemande de 1935, § 2.

bien que dans l'un et dans l'autre cas le concordat peut être demandé.

En effet, il n'y a pas de raison pour que le concordat soit refusé après la cessation de paiements, mais alors, il faut tenir compte d'une observation souvent répétée, qui demande que la requête soit faite dans un délai assez bref. Il faut prendre des mesures pour empêcher le débiteur d'anéantir son patrimoine ; ces mesures seraient de deux sortes : a) la fixation d'un délai à l'intérieur duquel doit être déposée la requête, *après la cessation de paiements* et b) l'obligation d'offrir un minimum de dividende.

A. — Obligation de respecter un certain délai pour le dépôt de la requête.

Le dépôt du bilan dans un délai aussi court que possible a été une des préoccupations depuis toujours du législateur. Mais pour que ce délai commence à courir, il faut qu'on lui fixe un point de départ. Ce serait donc dans l'unique cas où le concordat serait demandé après la cessation de paiements qu'il serait utile d'imposer au débiteur certaines restrictions. A partir de ce moment, le débiteur ne peut plus avoir d'espoir suffisamment justifié, de voir ses affaires se redresser, afin de se remettre en équilibre sans l'intervention et sans l'aide de personne. Une fois l'impossibilité de faire face à ses obligations avérée, le débiteur ne trouve plus d'excuses pour retarder sa demande en concordat.

Notre hypothèse est celle de la cessation de paiements et non pas celle de l'insolvabilité.

On pourrait songer à contraindre le débiteur à respecter un délai dans tous les cas et cela se rencontre dans la proposition de M. Emile Faure sur le concordat préventif.

D'après l'article 1^{er} de cette proposition, le débiteur serait obligé de déposer une requête, à fin de concordat, dans les quinze jours à *partir de la date où il estime ne plus pouvoir faire face à ses paiements.*

C'est là une formule pleine de bonne volonté, et à un degré moindre, de portée pratique, car il n'y a aucun élément qui permette au tribunal de saisir l'état d'esprit du débiteur, pour savoir s'il estimait, ou s'il n'estimait pas, pouvoir faire face à ses engagements. Adopter cette formule veut dire que le débiteur doit déposer son bilan, dans un certain délai, après avoir perdu l'espoir de continuer son commerce comme auparavant. Ce n'est pratiquement d'aucune utilité que de partir d'une pareille prémice, car il n'est pas possible de fixer le point de départ de ce délai. L'estimation du débiteur est un élément purement objectif. Il ne peut pas être saisi, il n'est descellé par rien. Le débiteur pourra toujours soutenir qu'il n'a perdu l'espoir de voir ses affaires se redresser, que jusqu'alors il a cru que tel ou tel fait allait se produire, et pour peu qu'il prétende avoir attendu un fait qui ne soit pas du domaine des miracles, on est obligé d'ajouter foi à ses dires. Fixer un délai pour le dépôt de la requête, sans lui fixer un point de départ, autre qu'un état d'esprit, ou une appréciation plus ou moins subjective, du débiteur, c'est comme si on n'avait rien prévu. Ce qui est utile, c'est l'obligation de se mettre sous le contrôle de la justice, après cessation de paie-

ments. Dans ce cas, un fait matériel vient de se produire auquel, en surmontant quelques difficultés, on peut assigner une date. A partir de ce fait, il est inutile, et souvent dangereux, de laisser le débiteur se complaire dans l'indifférence, car cet état peut parfois se prolonger pendant longtemps, en supposant qu'aucun des créanciers ne cherche à mettre le débiteur en faillite.

Le système idéal serait celui qui pourrait mettre en tutelle le débiteur le plus rapidement possible « ... avant tout, l'intérêt général, l'intérêt du débiteur, l'intérêt du créancier réclamant une intervention ultra-rapide »¹. C'est cela qu'on aimerait. Mais si on veut imposer un délai, afin que le débiteur se mette sous la surveillance de la justice le plus vite possible, il ne faut pas tomber dans l'autre extrême en lui imposant un délai trop court. Il faut lui laisser du temps, pas trop, pour qu'il n'en abuse pas, mais toujours assez pour ne pas l'affoler. Des critiques dans ce sens se sont fait entendre, à la Société d'Etudes Législatives, lors de la discussion du projet de réforme de la loi du 4 mars 1889. On a soutenu notamment, que le délai de 15 jours accordé au débiteur pour déposer son bilan à fin de liquidation judiciaire serait trop court, qu'il fallait lui accorder un mois au lieu de 15 jours. L'article 2 de la loi du 4 mars 1889, a-t-on dit, se concilie difficilement avec l'article 165 du Code de commerce, qui implique un délai de 15 jours pour exercer les recours attachés à la lettre de change. L'article 2 de la loi de 1889 empêche le débiteur de tenter à établir

1. Troullier, « Projet de réforme de la législation sur la faillite, dans la Revue *L'Economie nouvelle*, janvier 1933, p. 3.

sa situation en usant de ces recours, car à l'intérieur de ce même délai, il doit déposer son bilan. Ce même délai de quinzaine, doit être respecté par les héritiers, or pour ceux-ci il paraît être aussi trop court et cela, surtout, lorsqu'on le compare aux délais que la loi civile¹ leur accorde, pour faire un inventaire de la succession et pour délibérer sur le parti à prendre. Aussi, a-t-on proposé de leur accorder un délai égal à celui que le Code civil leur accorde pour accepter ou refuser la succession.

La question du délai en matière de concordat préventif ne se pose que lorsqu'il y a eu cessation de paiements ; pour le cas où il est demandé pour l'insolvabilité résultant d'une simple comparaison entre l'actif et le passif, le fait d'imposer un délai se heurterait à une difficulté presque insurmontable, celle de lui fixer un point de départ.

Si on adopte le point de vue, que l'insolvabilité seule doit justifier la requête à fin de concordat, et que l'obtention de celui-ci ne soit plus admise lorsqu'il y a déjà eu cessation de paiements, la question se pose de la même façon.

Mais lorsqu'on reste sur le point, généralement admis, que le concordat peut être demandé *tant que la faillite n'a pas été déclarée*, il est bon d'obliger le débiteur à se mettre sous la surveillance de la justice dans un certain délai, lorsque la cessation de paiements a déjà eu lieu, car c'est là une des garanties de la bonne marche

1. Article 745 du Code civil.

et de la bonne réussite de la procédure, ainsi qu'un gage que le plus clair de l'actif ne sera pas dissipé dans des opérations hasardeuses.

*B. — Une autre mesure destinée toujours à préserver l'actif et à augmenter les garanties des créanciers de toucher un dividende aussi grand que possible, ou autrement dit de consentir un sacrifice aussi peu important que possible, c'est d'imposer au débiteur d'offrir un *minimum de dividende*.*

Cette mesure est peut-être la plus efficace pour garantir les créanciers. Le débiteur, sachant par avance qu'il lui serait impossible d'obtenir l'admission au bénéfice du concordat préventif, s'il n'offre pas un minimum de dividende, s'adressera à la justice avant que tout espoir soit perdu. Il le fera aussitôt qu'il sentira ses affaires fléchir, sans plus rien tenter, sans plus attendre, de peur de voir ses pertes croître dans une proportion telle que tout moyen de redressement lui soit inaccessible.

Il est vrai que par ce procédé on peut arriver à éliminer du bénéfice du concordat des gens qui, tout en étant fort honnêtes et fort malheureux à la fois, se trouvent dans la situation de ne pas pouvoir payer les dividendes minimales, pour avoir engagé tout leur actif dans une affaire, qui a tourné fort mal et qui leur a fait perdre d'un seul coup tout ce qu'ils avaient. Pour ceux-là, aussi dignes de pitié qu'ils soient, il n'y aurait rien d'autre à faire que de les enterrer commercialement. Mais ce sont là des cas rares et une pareille objection ne saurait jeter une ombre sur l'excellence de la

mesure, qui consiste à ne pas accorder le concordat à ceux qui ne peuvent payer au moins une partie de ce qu'ils doivent.

Des applications intéressantes de cette idée se trouvent dans quelques lois étrangères. Ainsi, dans la loi roumaine, le minimum de dividende n'est pas unique, mais en fonction des délais : plus les délais sont longs, plus le dividende doit être important. La loi du 10 juillet 1929 exigeait un minimum de dividende invariable, qui était de 50 % du total des créances chirographaires, quel que fût le délai de paiement, sans toutefois pouvoir dépasser trois ans. La loi du 4 juin 1930 a adapté sur ce point un système nouveau, plus ingénieux et certainement plus équitable. Le créancier doit offrir 60 % du total des créances chirographaires, lorsqu'il s'engage à payer dans un délai de deux ans ; 80 % lorsque le délai est de deux ans et demi, et si le délai est de trois ans, —le maximum qu'il peut obtenir, —les créanciers doivent recevoir leur capital en entier. Il y a du juste dans cette mesure, d'abord en ce qu'on impose une limite, tant en ce qui concerne les dividendes à payer qu'en ce qui concerne les délais ; ensuite, en ce qu'un rapport est établi entre ces deux éléments, car l'un ou l'autre signifient, pour le créancier, un sacrifice. Il ne faut pas qu'il y ait une remise de dette pour que le créancier y perde, un atermoiement considérable fait le même effet, surtout lorsqu'on suppose que pendant tout ce temps, le créancier ne reçoit qu'un intérêt infime ou qu'il n'en reçoit point.

Le système de la loi roumaine a encore l'avantage de

permettre de se mouvoir à l'intérieur de ces limites, mais en tenant compte que les dividendes à payer sont toujours *minima* et les délais sont *maxima*¹.

Un système ressemblant, mais un peu différent se rencontre dans la loi allemande du 23 mars 1935². Le débiteur doit offrir un minimum de 35 % comptant, ou de 40 % s'il demande des délais de plus d'un an à partir de l'homologation du concordat, mais sans pouvoir dépasser dix-huit mois. Toutefois, des délais plus longs peuvent lui être accordés, mais uniquement pour ce qui excède les 40 %. Même lorsqu'il y a concordat par abandon d'actif, on ne peut pas stipuler que les créanciers devront se contenter avec ce qu'ils toucheront de la réalisation du patrimoine, si ces réalisations n'arrirent pas à donner 35 %. Lorsque la somme réalisée est moindre, la différence, jusqu'à concurrence de 35 % reste due³.

La loi italienne du 10 juillet 1930 conditionne l'admission au bénéfice du concordat de la possibilité pour le débiteur de payer dans les six mois de l'homologation du concordat un dividende de 40 % ou, au moins, d'offrir des garanties de pouvoir payer les intérêts légaux dudit dividende pendant tout le temps qui excède ces six mois⁴.

Les lois d'autres pays adoptent des dispositions de ce genre ; la loi anglaise exige 25 %, ainsi que la loi

1. Article 2 de la loi roumaine du 4 juin 1930. Voir également St. Ionesco, *op. cit.*, p. 135.

2 Dans la loi de 1927, ce minimum était de 30 %.

3. § 17.

4. Article 23, 3^e alinéa.

norvégienne ; la loi portugaise, 30 %. La loi belge, par contre, n'en demande pas, et en France, ni le règlement transactionnel, ni les projets et propositions n'en ont parlé.

II. — LES CIRCONSTANCES MALHEUREUSES ET LA BONNE FOI

Ces deux conditions ne sont pas seulement de la nature du concordat préventif, mais de son essence. En parcourant les projets de lois français et les quelques lois étrangères, on ne trouve presque nulle part un énoncé, exigeant que le débiteur soit malheureux et de bonne foi. On pourrait citer, toutefois, la loi belge sur le concordat préventif qui dit que : « l'homologation ne sera accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi »¹. Mais si on se contente d'indiquer ces conditions, on ne les définit jamais, ce serait d'ailleurs impossible. C'est au tribunal de les apprécier.

Deux situations peuvent se présenter. La première serait celle d'une loi de circonstance, d'une durée limitée ; dans ce cas, une certaine présomption de bonne foi peut jouer au bénéfice de tout débiteur. La seconde serait celle d'une loi permanente, destinée à régir la situation du débiteur malheureux et de bonne foi, en tous temps ; dans ce cas, le débiteur devra, en quelque sorte, faire la preuve des circonstances qui l'ont conduit à l'insolvabilité, ainsi que celle de sa bonne foi.

Nous pouvons prendre comme exemple, pour illustrer notre première hypothèse, le règlement transac-

1. Article 2, dernier alinéa.

tionnel. Une des idées maîtresses de cette loi était une présomption de bonne foi à la charge du débiteur. Ce principe n'était inscrit dans aucun texte, mais il résultait de l'économie de la loi. La procédure du règlement prenait presque systématiquement le contrepied de la faillite. Il fallait qu'elle se déroule, cette idée toujours présente, que le débiteur était la victime de circonstances exceptionnelles et qu'il était de bonne foi, sans quoi c'eût été la faillite.

La loi du 2 juillet 1919 faisait bénéficier tout débiteur de la présomption d'être une victime des conséquences de la guerre ou de ses suites. Il est vrai que l'intitulé de la loi parlait de « causes générales de guerre », mais le texte même n'en disait rien, avant la modification apportée en 1922. Les tribunaux, comme on l'a déjà vu, ne s'attachaient aucunement à faire état du rapport, qui devait exister entre les conséquences de la guerre et l'état d'insolvabilité du débiteur. La guerre par elle-même n'est pas un motif permettant aux débiteurs de ne pas payer leurs dettes; mais le législateur l'a considérée comme une circonstance fort grave et a cru devoir intervenir en faveur des commerçants qui en avaient souffert ¹.

Il n'a pas fait de la guerre un cas de force majeure, mais il a créé, au bénéfice des commerçants, au-dessous de leurs affaires, une présomption faisant remonter leur insolvabilité aux conséquences de la guerre; du moins, c'est à ce résultat qu'on était parvenu par la loi du 2 juillet 1919.

1. Herbulot et Tchernoff, *op. cit.*, p. 47.

Si une mesure exceptionnelle venait à être prise pour parer aux conséquences de la crise, il ne serait pas étonnant qu'on considérât tout débiteur en difficultés comme une victime de cette crise, jusqu'à preuve contraire.

Lorsque nous nous trouvons en face de la seconde situation, à savoir celle d'une loi permanente, agissant en tous temps, il va de soi que le débiteur ne peut pas bénéficier d'une présomption, comme dans le cas précédent ; il lui faudra établir la cause de son malheur, et le juge devra rechercher en même temps à se convaincre de sa bonne foi. Mais cette notion est éminemment mouvante et, partant, difficile à déceler. La mauvaise foi, n'existe pas seulement lorsque le commerçant a commis des actes de nature à lui attirer des poursuites pour banqueroute, elle peut exister en dehors de cela. Pour prouver sa bonne foi, le débiteur doit démontrer que tout ce qu'il a fait, a été fait avec toute la diligence nécessaire et conforme aux usages commerciaux et que sa situation n'est due ni à sa négligence, ni à sa faute.

Mais la bonne foi ne résulte pas du fait que le débiteur s'est gardé de faire des opérations hasardeuses, qu'un bon commerçant n'aurait pas faites, ou ne les aurait faites, qu'après avoir pris mille précautions ; il lui faut davantage, notamment cette conduite honnête à laquelle on ne puisse rien reprocher, même pas moralement. Ainsi, pour le concordat préventif, il n'y a pas de période suspecte ; si le débiteur — tout en connaissant l'état précaire de ses affaires et sachant qu'il serait sous peu,

dans l'obligation de procéder à un arrangement avec ses créanciers — consent à désintéresser certains de ses créanciers à l'insu des autres, pour compromettre l'égalité entre ceux-ci, il ne pourrait pas être considéré de bonne foi. Serait-ce là un fait légalement permis, la morale commerciale lui imposerait de ne pas le faire et, s'il passe outre, il ne pourrait pas être considéré de bonne foi¹.

Comme nous l'avons déjà dit, la bonne foi ne peut pas se définir, elle reste à l'appréciation du juge, mais certaines lois étrangères exigent, pour l'admission au bénéfice du concordat préventif, des conditions qui peuvent être groupées sous deux chefs : a) avoir un passé honnête ; b) s'être conformé aux usages commerciaux, c'est-à-dire avoir tenu une comptabilité régulière. Ces conditions remplies ne signifient pas que la bonne foi du débiteur est en dehors de toute discussion, mais elles indiquent le sens dans lequel il faut chercher pour déceler la bonne foi.

De plus, ce sont là des conditions qu'on pourrait appeler « objectives », destinées à empêcher l'accès trop facile au bénéfice du concordat préventif, à donner plus de garantie aux créanciers et à n'y admettre que des commerçants éprouvés, qu'on a qualifiés, par une heureuse expression, de « sérieux »².

a) La loi allemande n'accorde le bénéfice du concordat aux commerçants qui, dans les cinq dernières années précédant la demande, ont été l'objet d'un jugement

1. Cour d'appel de Gand, 14 juillet 1900, *Pasicrisie*, 1900-11-131.

2. Fischer, *op. cit.*, p. 126.

déclaratif de faillite ou de concordat et si les dites procédures ont été closes pour insuffisance d'actif¹. Une disposition identique a été prise en Italie par la loi du 10 juillet 1930, article 32. De plus, la loi italienne de 1903² exige que le débiteur ait payé intégralement ses créances, s'il a été déclaré en faillite et qu'il ait exécuté entièrement ses obligations prises lors d'un concordat préventif antérieur³.

La loi roumaine exige que le commerçant ait exercé la profession depuis trois ans au moins, qu'il ait sa firme inscrite ou qu'il ait un brevet d'industrie.

b) Il faut, en outre, d'après ces mêmes lois, que le commerçant ait tenu une comptabilité régulière. La loi allemande, qui s'applique également aux non-commerçants, n'assujettit pas ceux-ci à l'obligation de présenter des registres, il n'y a que « le débiteur obligé, d'après le droit commun, de tenir des registres »⁴, qui doit présenter son bilan des trois dernières années, ainsi que le compte de profits et pertes. Les mêmes dispositions se retrouvent dans les autres lois⁵.

La loi allemande nous donne des indications plus utiles encore et qui méritent d'être citées pour montrer le sens qu'on attache à la notion de bonne conduite commerciale. « L'ouverture (de la procédure de concordat) doit être refusée si... le débiteur a provoqué sa

1. §, 17, 4^e.

2 Article 3, 2^e.

3. Il faut supposer que cette faillite ou concordat préventif ait été ouvert plus de cinq ans avant la demande en tenant compte de la modification de la loi de 1930.

4. § 5, 2^e.

5. Loi italienne, article 2, 1^o; loi roumaine, article 2.

ruine par sa malhonnêteté, par vente à vil prix (*Preis-schänderi*), ou par sa légèreté... S'il a retardé par sa faute, selon la conception du trafic commercial normal, sa demande en ouverture de la procédure du concordat »¹.

Toutes ces législations étrangères nous offrent des points de repère qui nous permettent de retrouver en quoi doit consister la bonne foi du débiteur. C'est là un élément qui doit ressortir de la conduite du commerçant, considérée à la lueur des pratiques et usages du commerce.

Faut-il considérer ces limitations comme un bien ; ne vaut-il pas mieux laisser au juge la libre appréciation des faits ?

Il se peut qu'en mettant des obstacles de cette nature, on écarte du concordat des commerçants qui l'auraient mérité, mais qui ne peuvent pas prouver qu'ils exercent le commerce depuis un certain délai ou qu'ils remplissent d'autres conditions que l'on peut exiger. Il est toutefois bon de se montrer circonspect et de chercher à établir nettement l'existence de ces deux conditions qui sont à la base même du concordat préventif : la bonne foi du débiteur et le concours des circonstances malheureuses.

SECTION III LA PUBLICITÉ

La question de la publicité intéresse toute la matière du concordat préventif, à partir de la requête jusqu'au

1. § 18, 1°, 2°.

jugement d'homologation et, plus loin encore, jusqu'au jugement de décharge, dans le cas où un tel jugement est prévu. C'est une question des plus débattues, une question qui fit, et fait toujours, l'objet de nombreux commentaires et de nombreuses critiques ; les gens se partagent en deux camps, ceux qui demandent la publicité restreinte et ceux qui veulent que la publicité soit large. Des récriminations montent des deux côtés contre le système des adversaires et contre ses inconvénients. Nous avons cru bon de l'aborder dès le premier chapitre et d'avancer sur le développement qui va suivre, et cela, pour éclairer un peu la voie ou, le terrain, sur lesquels notre institution est appelée à se mouvoir. Faut-il que la procédure soit ouverte, au vu et au su de tout le monde, ou vaut-il mieux que tout se passe discrètement pour le bien du débiteur, mais pour le grand dam des créanciers et des tiers ?

La question intéresse la procédure d'un bout à l'autre, et s'il nous faudra parfois la reprendre lors de ses différentes phases, il est bon d'être fixé, au moins quant au principe, dès le début.

Sur le seuil même de la question, nous devons faire le point et établir le sens qu'il sied de donner au mot « publicité », car, sur ce sujet, on fait parfois une confusion ; on parle indistinctement de la publicité elle-même — c'est-à-dire du fait d'apporter à la connaissance du public un fait juridique, ou de lui permettre de se renseigner à loisir sur ce fait — et du mode de publicité, de la technique de publicité, des moyens qui servent à

apporter à la connaissance du public les faits sujets à publicité¹.

En parlant de la publicité, c'est du mode de publicité qu'il s'agit, car il est inconcevable qu'une procédure intéressant au plus haut point le tiers, en ce qu'elle comporte une incapacité pour le débiteur, puisse se faire en parfait secret.

Une fois ce point acquis, il s'agit de savoir s'il faut une publicité large ou restreinte; il faut choisir le « mode ».

Déjà, lors de l'élaboration de la loi du 4 mars 1889, la question s'était posée. Le rapporteur à la Commission de la Chambre², partant du principe que la liquidation judiciaire ne devrait être qu'une épreuve passagère, pensait qu'il ne devrait y avoir aucune publicité particulière, à l'exception des cas où les créanciers seraient inconnus. Mais il ne fut pas suivi, et finalement on adopta le système d'une large publicité, la même que pour la faillite, pour éviter aux créanciers le danger de forclusion et pour avertir les tiers. On s'étonna même, plus tard, qu'une proposition écartant la publicité pût être faite.

« Il est assez singulier qu'on n'ait pas compris tout de suite qu'il n'y ait pas de différence à établir entre la liquidation judiciaire et la faillite », peut-on lire dans le *Manuel* de Lyon-Caen et Renault³. Et pourtant, ce point de vue nous paraît contestable; ce qu'il y a de

1. V., Geni, *Science et Technique*, III, p. 94 et 95.

2. Rapport La Rose, *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, p. 228, Annexe, N° 2632.

3. Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit commercial*, 1928, p. 1225.

répréhensible, ce n'est pas le fait qu'une large publicité est donnée à la liquidation judiciaire, mais que cette publicité est identique à celle de la faillite. Le règlement transactionnel inaugurerait un système de publicité restreinte. Les auteurs de la loi, soucieux du crédit du débiteur et tenant compte du mauvais service qu'une large publicité peut rendre à la bonne renommée d'un commerçant et de sa maison, évitèrent toute publicité. Le répertoire spécial prévu par la loi, n'était communicable qu'à ceux qui justifiaient d'un intérêt, pas de publicité par affichage, ni par voie de presse (à l'exception des sociétés ayant émis des obligations).

Voilà comment on justifia ces mesures.

« Par ces dispositions, nous avons voulu épargner au débiteur une publicité humiliante pour lui et pour les siens et désastreuse pour son crédit, tout en prenant des mesures de sauvegarde nécessaires, à l'effet d'empêcher que les tiers intéressés fussent laissés dans l'ignorance du dépôt de la requête et de la procédure qui en serait la suite »¹.

En fait, la procédure du règlement, comme nous l'avons déjà dit plus haut, était presque occulte. Le registre n'était communicable qu'à ceux pouvant justifier d'un intérêt. C'étaient les tiers que le registre intéressait le plus, or ceux-ci ne pouvaient, pour la plupart du temps, justifier d'un intérêt, à moins d'avoir contracté, au préalable, avec le débiteur, mais alors, une fois le contrat passé, le fait de savoir que son cocon-

1. Rapport au Sénat de M. P. E. Flandin, *cit.*, *supra*.

tractant se trouvait en état d'insolvabilité, n'apportait plus aucun changement à la situation.

Le greffier était celui qui, au moins en première instance, devait se faire juge du bien-fondé de l'intérêt de celui qui réclamait communication du répertoire. Or, ce fait l'exposait à des risques et, pour en courir le moins possible, il communiquait le répertoire aussi rarement que possible. « Uniquement par cette pratique — mais combien secondaire — le secret du règlement transactionnel, basé sur une mesure de sécurité personnelle du greffier, est jalousement gardé contre le but très net de la loi »¹.

Cette façon d'agir était tout à l'avantage de certaines agences d'informations qui réussissaient à obtenir les renseignements voulus et les communiquaient aux intéressés moyennant finances. Seulement, ces renseignements — mis à part le fait qu'ils étaient chers — ne donnaient point de garantie à ceux qui les obtenaient et un recours contre l'office qui faisait ce trafic eût été illusoire.

La bonne volonté du législateur, avait jeté sur le commerce tout entier une vague de méfiance, on était prêt à suspecter tout le monde.

Cet état de choses eut son écho, et des propositions² furent faites, qui aboutirent finalement à la loi du 28 avril 1922, portant modification de la loi du 2 juillet 1919. Désormais, le répertoire était communiqué à quiconque en faisait la demande. De plus, la requête

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 98.

2. *Doc. Parl.*, 1921, Sénat, Annexe, N° 513, 591 et 694.

et les différents jugements à intervenir étaient mentionnés au registre du commerce.

Mais cette loi n'eut plus beaucoup à vivre, car à partir du 23 octobre de la même année, le règlement transactionnel ne fonctionnait plus. Elle venait trop tard, alors que le règlement transactionnel avait fini par jeter le discrédit et avait soulevé contre lui le monde des commerçants et praticiens.

Les mesures prises par la loi du 28 avril 1922 en matière de publicité ont eu leur raisonnable, car c'est de l'article 4 du règlement transactionnel, tel qu'il a été modifié en 1922, que s'inspirent actuellement la plupart des projets et propositions français.

La proposition de M. René Bonnet adopte sur ce point la modification de la loi du 28 avril 1922. D'après la proposition de MM. de Monzie et Pierre Cot, la publicité se fera au moyen d'un répertoire spécial, communicable à quiconque en fait demande, sans déplacement et sans frais, à l'exception des sociétés ayant émis des obligations, pour lesquelles sera maintenue la publicité de l'article 442 du Code de commerce. Suivant la proposition de M. Baudoin Bugnet sur la « Conciliation commerciale », la publicité se fera par l'inscription de l'ordonnance, ouvrant la procédure, sur le registre du commerce, ensuite, par la convocation des créanciers en assemblée, faites — à part les convocations individuelles — par l'insertion dans un seul journal, désigné par le président du tribunal. La proposition de M. Emile Faure sur le concordat préventif exclut toute publicité de la déclaration au tribunal, mais les créanciers en

seront avertis par lettre et il sera également indiqué le numéro du récépissé de dépôt de la déclaration au greffe du tribunal.

Le projet de la Commission du commerce et de l'industrie se range du côté de la publicité grandement ouverte. Dans son rapport à la Commission, M. Louis Puech¹ se demande si l'inscription au répertoire, au registre du commerce et la publication au *Journal officiel* seraient suffisantes. Et à lui de répondre : « On ne saurait oublier, en effet, que le jugement qui déclare la cessation des paiements, produit les effets les plus graves... Il importe donc que tous les créanciers, connus ou inconnus, soient prévenus... Il faut qu'ils puissent s'apercevoir si véritablement leur débiteur se trouve ou ne se trouve pas dans le cas de réclamer le bénéfice du *règlement judiciaire*², car il n'est pas admissible que ce bénéfice soit accordé de plein droit à tous ceux qui le demandent... Le débiteur peut avoir oublié tel ou tel de ses créanciers ; il ne connaît pas les tiers porteurs de ses effets de commerce. C'est le public tout entier qui doit être renseigné ». La publicité devra donc rester pour le règlement judiciaire ce qu'elle est actuellement pour la faillite.

Que doit-on, en fin de compte, préférer : la publicité large ou restreinte ? Nous avons vu que l'expérience faite avec la publicité du règlement transactionnel a été mauvaise, mais il faut ajouter de suite que la dis-

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, Annexe, N° 5517.

2. C'est sous ce nom que la liquidation judiciaire devra se présenter d'après les modifications proposées par la Commission du Commerce et de l'Industrie.

création a été trop poussée. En fait de publicité restreinte, on nous propose le registre du commerce, le répertoire spécial et les journaux ou, plus exactement, certains journaux, soit le *Journal officiel*, soit un journal — un ou plusieurs — laissés à l'appréciation du tribunal.

Reprenons-les, un par un.

Le registre du commerce. — La loi du 18 mars 1919 sur le registre du commerce dispose, dans son article 5, 7°, que « doivent être mentionnés dans le registre du commerce, les jugements et arrêts déclaratifs de faillite ou de liquidation judiciaire ». Les jugements d'admissibilité au bénéfice du règlement transactionnel ne devaient pas faire l'objet d'une pareille inscription — avant la loi de 1922 — quoique le registre du commerce est de quelques mois plus vieux que le règlement transactionnel. Mais l'idée n'était pas étrangère au législateur, et M. P.-E. Flandin, dans son rapport au Sénat, pensait bien à « organiser une publicité restreinte, discrète, analogue à celle des registres des conservations d'hypothèques, à l'effet de mettre les intéressés à l'abri de surprises regrettables ». Mais le registre du commerce est du mois de mars 1919, alors que ce rapport date du mois de septembre de l'année précédente.

L'inscription sur le registre du commerce peut être une mesure de publicité pratique, mais peut-elle, à elle seule, constituer une publicité suffisante ? On en a douté. Si cette publicité est discrète, elle n'est point suffisante, car par trop incommode ; un commerçant se trouverait bien embarrassé, s'il lui fallait lever une expédition du registre, à chaque fois qu'il y a un découvert

chez un client. Lors de la discussion en assemblée générale, au sein de la Société d'Études Législatives, du rapport sur les modification à apporter à la liquidation judiciaire, on remarqua¹ que les moyens de renseignements pour les commerçants sont les journaux ou les agences. Lorsqu'il n'y a pas de publicité dans les journaux — en ce sens que la reproduction des jugements est interdite sous une peine quelconque — il reste les agences, lesquelles s'informent auprès des greffiers. Un employé des agences passe journallement chez les commerçants ou industriels et leur fournit les renseignements nécessaires. De cette façon, ceux-ci peuvent arrêter les livraisons ou s'abstenir de traiter avec ceux qui sont sous le coup d'une procédure quelconque. Mais pour que les agences puissent avoir des renseignements utiles, il faut un répertoire, il ne suffit pas d'une inscription au registre du commerce. Ce serait pratiquement impossible d'établir la liste de ceux qui, dans une journée, ont demandé la liquidation judiciaire ou ont été déclarés en faillite, rien qu'à l'aide du registre du commerce. Ce serait trop coûteux, les agences ne s'informeront pas, et les commerçants et les industriels, à leur tour, ne le seront pas non plus.

Il y a encore le danger que la mention ne se fasse pas sur le registre du commerce, plus exactement, qu'elle ne se fasse pas en temps utile. Le tribunal devrait donc vérifier l'exécution de cette mesure à chaque fois, sans quoi il n'y aura pas de publicité.

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 259 et suiv. Observation de M. Troullier.

Pour une information commode et utile à la fois, il faut qu'il y ait aussi ce second moyen, *le répertoire spécial*, tel que la loi du 2 juillet 1919 l'avait organisé, mais ouvert à tout le monde. A l'aide d'un semblable instrument, pour peu qu'on ne soit pas négligent, on arrive à savoir facilement et sans frais, la situation de ceux avec qui on est amené à traiter.

Reste, enfin, *la publicité par voie de presse*. C'est certainement la plus efficace, mais la plus dangereuse aussi pour le débiteur. On l'a beaucoup critiquée...; ce qui effraie surtout le débiteur, c'est cette publicité qui va être faite. « Pour lui, son nom va être mis au pilori. Autant cette publicité est utile lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes, autant, en ce qui concerne l'individu, il est intéressant de discuter de cette publication »¹. Il n'y a pas de doute que, pour le commerçant individu, la publicité est une véritable sanction, elle vaut autant qu'une déchéance; moralement, c'est une dure pénitence, et d'autant plus injuste que nous avons, par définition, à faire à des gens reconnus, en principe, de bonne foi et malheureux, qu'on veut non pas éliminer de la vie commerciale, mais remonter au-dessus de leurs affaires.

Seulement, à bien regarder les choses, est-il tellement vrai que la situation obérée d'un commerçant, malgré toute discrétion et toute prudence pour la cacher, peut passer inaperçue? Admettons qu'on se limite à la publicité purement locale, qui consiste en l'inscription au registre du commerce et en la tenue d'un répertoire au

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 591. Le point de vue de M. Bouillard, à l'Assemblée générale.

greffe du tribunal et qu'on avertisse les créanciers — en supposant qu'ils soient tous connus — par lettre sous pli fermé, la situation du débiteur ne finit-elle pas par se savoir dans le centre même de ses affaires, là où il a ses relations d'ordre commercial et social ? Le bruit commence à courir et, tôt ou tard, ceux auxquels on aimerait le plus cacher la catastrophe, finiront par le savoir. Qu'il y ait alors de la publicité dans les journaux ou qu'il n'y en ait pas, cela revient au même, le grand mal sera fait. Le discrédit couvrira le débiteur de la même façon que si on avait appris son état dans les journaux ou sur l'affiche collée aux murs de l'auditoire ou à la porte du tribunal, et, lorsqu'il voudra reprendre ses affaires normalement, il lui faudra faire des efforts et laisser passer le temps, pour rentrer peu à peu dans la considération de ses concitoyens, au fur et à mesure que l'oubli couvrira les faits du passé.

Que conclure alors ? Faut-il faire de la publicité afin que tout le monde soit renseigné ou faut-il se maintenir à mi-chemin en ne la faisant qu'à moitié ? Avant de répondre, nous allons jeter un coup d'œil sur les législations étrangères pour avoir un point de comparaison.

La loi belge institue le répertoire spécial, sur lequel sera inscrite la demande à fin de concordat¹, la publicité se fera ensuite par les journaux, plus exactement la convocation des créanciers en assemblée, se fera par des inscriptions dans un ou plusieurs journaux que le tribunal, statuant sur la requête, désignera ; en outre,

1. Article 4, alinéa 1^{er}.

dans tous les cas, dans le *Moniteur belge*¹. Cette insertion dans les journaux sert plutôt comme mesure de publicité que comme convocation des créanciers, car ceux-ci seront convoqués individuellement, par lettre recommandée, par les soins du greffier, huit jours avant l'assemblée, ou même par télégramme, si les créanciers habitent à l'étranger².

La loi italienne du 24 mai 1903 prévoit une publicité plus large encore. La décision (*il decreto*) du tribunal, rendue en la chambre du conseil, sera d'abord affichée à la porte extérieure du tribunal, ensuite elle sera publiée par extraits dans le journal d'annonces légales et sera transcrite à l'office local du conservateur des hypothèques, le tout dans les délais que le tribunal fixe dans la décision même. Mais le tribunal a la latitude d'ordonner une publicité supplémentaire, s'il le juge nécessaire, à savoir la publication dans d'autres journaux et même dans des journaux étrangers. De plus, les créanciers seront convoqués individuellement, par lettre recommandée ou par télégramme à l'assemblée. Lorsqu'il s'agit de sociétés ayant émis des obligations, à part la publicité qui pourra être ordonnée par le tribunal, suivant chaque cas, il y aura en dehors de l'affichage de l'ordonnance à la porte du tribunal, un affichage dans les locaux de toutes les bourses du royaume et l'insertion par extrait dans les endroits où la société a des succursales, agences ou représentations³.

1. Article 5, 2^e alinéa.

2. Article 8.

3. Article 5.

La loi allemande de 1935 prévoit, elle aussi, une large publicité. Dès le dépôt de la requête, celle-ci est rendue publique, ainsi que le nom de l'administrateur provisoire¹. De même sera publiée la décision d'ouverture (jugement d'admission)². La publication consiste, dans tous les cas, en une insertion dans le journal du tribunal, destiné aux publications officielles. Une insertion par extrait devra voir lieu dans le *Deutscher Reichsanzeiger* et en dehors de cela, pourra être faite toute autre publication que le tribunal juge nécessaire. Cette publication vaut en même temps assignation pour les parties en cause et, en général, pour tous ceux qui doivent prendre part à l'assemblée des créanciers, même lorsque la loi prévoit des assignations individuelles^{3 4}.

Une inscription a lieu sur le registre du commerce de la décision d'ouverture⁵. Ensuite, des inscriptions seront prises sur les registres fonciers. La loi prévoit une restriction de la capacité de disposition du débiteur, soit générale, soit spéciale à certains objets du patrimoine. C'est cette mesure qui fera l'objet d'une inscription sur les registres du livre foncier⁶.

La loi roumaine est dans la même ligne. La publicité se fait par insertion dans le *Moniteur officiel* et le *Bulletin de la Chambre de commerce* des dispositifs de la décision

1. Nous allons voir plus loin, lors de l'étude de l'administration du patrimoine pendant la procédure, le rôle de cet administrateur provisoire.

2. § 11 et 12.

3. La procédure allemande connaît le système de la procédure dirigée par le tribunal, c'est celui-ci par ses organes qui assigne.

4. § 119.

5. § 23.

6. § 61.

d'admission. Inscription sur le registre des firmes ou des brevets. Inscription sur les registres des livres fonciers ou, là où il n'y en a pas, sur les registres en faisant l'office. Enfin, affichage à la porte du tribunal¹.

Les législations étrangères, comme on peut s'en apercevoir, ne se sont jamais embarrassées de la question de la publicité restreinte, elles n'ont jamais essayé de soustraire à la connaissance du grand public le fait qu'une procédure de concordat était en cours contre une personne (nous ne disons pas commerçant, car dans certains pays, le concordat préventif s'applique aussi aux non-commerçants). On ne s'est guère préoccupé des méfaits de la trop large publicité pour le crédit du débiteur. C'est que la publicité est nécessaire, on ne peut pas s'en passer, au risque de tout compromettre. Il y a même un effet salulaire dans le fait d'ouvrir largement les portes, afin que quiconque puisse voir ce qui se passe à l'intérieur d'une affaire, car cela doit faire méditer le commerçant et l'empêcher de demander abusivement le concordat préventif.

Mais n'y a-t-il pas, toutefois, lieu de tenir compte des critiques qui ont été adressées au système de la publicité trop large ? Il faut se rappeler que l'institution du concordat préventif est quelque chose qui doit sauver le débiteur et le remettre en état de poursuivre son commerce. Il faut alors lui épargner ce qui est possible. Ce qu'on doit chercher, c'est à mettre sur pied une

1. Article 9.

institution qui sauve le commerçant débiteur, mais aussi les intérêts des créanciers, entre lesquels le législateur doit s'efforcer de tenir la balance égale. On cherche à faire quelque chose qui soit l'opposé de la faillite, une procédure que tout profane puisse reconnaître comme étrangère à la faillite.

La solution serait de maintenir une publicité suffisante pour avertir les créanciers et les tiers, au risque de l'apprendre à tout le monde ; le crédit du débiteur en sera ébranlé, tôt ou tard, même avec une publicité réduite. On pourra maintenir le répertoire spécial le registre du commerce, la publicité par voie de presse, mais avec un correctif. *Il ne faut pas que cette publicité soit identique à celle de la faillite.* Il ne faut pas que les débiteurs en faillite et ceux en concordat préventif apparaissent devant le public dans le même journal, sur deux colonnes parallèles. La publicité par certains journaux, que le tribunal désignera ne peut être éliminée sans danger, mais il faut qu'elle soit faite de telle façon que le grand public, pour lequel les différences de procédure restent inaperçues, puisse dire : celui-là est un débiteur qui ne peut pas payer, mais ce n'est pas un failli. Il faut que notre débiteur soit l'objet de la pitié publique plutôt que de son opprobre. Il faut que le public distingue à première vue l'homme honnête du malhonnête.

Le fait qu'un commerçant se trouve sous le coup d'une procédure, qui le met pour quelque temps à l'abri des poursuites de ses créanciers, ne peut pas passer sans répercussions économiques sur son crédit. Mais si

cela ne peut pas être évité, qu'au risque de compromettre des intérêts trop légitimes et même alors, il faut au moins que l'humiliation soit épargnée autant que possible au débiteur de bonne foi et malheureux, sans cela, le débiteur ne se hâtera pas de se mettre sous le contrôle de la justice dès que la situation de son affaire sera chancelante.

Essayer de lui éviter la pénitence morale qu'est la déconsidération publique, c'est déjà beaucoup, mais essayer de faire davantage est dangereux.

CHAPITRE II

LE JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE CONCORDAT

Nous préférons employer l'expression *jugement d'ouverture*, plutôt que celle de jugement admission ou autre expression correspondante. Ce terme « ouverture », n'est d'ailleurs pas de notre invention, il se trouve dans la loi allemande (*Eröffnung*), et nous croyons qu'il exprime mieux que tout autre ce qu'on doit entendre, par ce que la loi du 2 juillet 1919 appelait jugement d'admission. Cette dernière expression fit l'objet de certaines critiques. On lui reprochait notamment de prêter à des confusions, non seulement aux yeux de quelques spécialistes, mais surtout aux yeux du public, qui prenaient ce jugement pour ce qu'il n'était pas.

En vérité, c'était l'admission de la requête à fin de règlement, et non pas d'admission définitive du débiteur au bénéfice de la loi, qui n'avait lieu que par le jugement d'homologation. Le jugement d'admission n'était qu'une mesure provisoire, rendue après un examen très sommaire de la situation du débiteur, décidant uniquement

de l'ouverture de la procédure, mais ne préjugant nullement à son aboutissement, lequel pouvait être soit l'homologation du règlement, soit le refus d'homologation et, par conséquent, la remise des choses en l'état d'avant la requête, soit, enfin, la déclaration en faillite ou en liquidation judiciaire.

Certaines critiques adressées au règlement transactionnel pourraient paraître incompréhensibles, si on ne tenait pas compte de cette opinion qu'on s'était faite du jugement d'admission. La Chambre de commerce de Tourcoing avait émis le vœu¹ que l'admission provisoire, au bénéfice du règlement transactionnel, se fasse par simple ordonnance du président du tribunal de commerce et que l'admission définitive soit faite, en l'absence des oppositions, à la suite d'un examen approfondi de la situation du débiteur. On voit de suite à quoi tient le malentendu, on supposait que le jugement d'admission donnait au débiteur un droit irrévocable à bénéficier de cette loi de faveur, qu'était le règlement transactionnel et on réclamait un jugement d'admission définitif qui, existant en réalité, mais qui s'appelait le jugement d'homologation. Cette même critique a été formulée par la Chambre de commerce de Narbonne², et elle n'est pas restée inaperçue, car la proposition de M. Baudoin Bugnet sur la conciliation commerciale en a tenu compte en prévoyant, dans son article 1^{er}, que : « le président (du tribunal de commerce) rend une ordonnance qui ouvre la procédure... ». Il est certain que de

1. Séance du 11 mars 1921.

2. Séance du 8 septembre 1921.

cette façon, il n'y aura plus lieu de se méprendre, mais une pareille précaution n'est nullement utile lorsqu'on se met d'accord sur le sens à donner à l'expression de jugement d'admission ou lorsqu'on emploie à la place une expression différente.

Pour éviter une pareille confusion, on a proposé¹ d'employer l'expression de jugement provisoire ou toute autre appellation qui fasse ressortir le caractère non définitif du jugement statuant sur la requête du débiteur.

Nous avons cru bon d'employer l'expression de « jugement d'ouverture » plutôt que jugement provisoire, pour parer à des critiques qui ont déjà été faites et pour éviter d'en susciter d'autres, qui pourraient naître en parlant du jugement provisoire. Ce jugement peut, dans certaines législations, avoir quelque chose de définitif, en ce sens que si le tribunal a apprécié certains éléments lors de l'ouverture de la procédure, il devra éviter de revenir sur sa première décision lors de l'homologation. La question s'est déjà posée en Italie et en Roumanie, et nous allons la retrouver plus bas.

SECTION I

CARACTÈRES DU JUGEMENT D'OUVERTURE

Nous allons reprendre deux des caractères du jugement d'ouverture ; le premier est celui que le jugement doit être rendu avec une certaine rapidité ; le deuxième serait son caractère provisoire.

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 82.

§ 1. — *Nécessité de rendre un jugement d'ouverture dans un délai très bref après le dépôt de la requête.*

Une préoccupation du législateur créant une procédure de concordat préventif paraît être celle d'avoir une procédure rapide, qui permette d'arriver au plus vite à une entente entre le débiteur et ses créanciers, ou, si cela n'est pas possible, à la liquidation définitive, par la mise en faillite du débiteur qui n'est pas en état de faire face à ses engagements. Il y a de l'intérêt à ce qu'il y ait une situation nette. C'est là une raison qui exige que toute la procédure soit rapide, mais il y a une raison spéciale qui demande que le jugement d'ouverture ait lieu sans tarder, sitôt après le dépôt de la requête. Le concordat préventif ne connaît d'abord pas de période suspecte, tout ce que le débiteur fait jusqu'au moment du jugement est valablement fait. Ensuite, il n'y a que le jugement d'ouverture qui produit des effets comme la suspension des poursuites, l'arrêt du cours de l'intérêt, une certaine restriction à la capacité de disposer ou d'administrer du débiteur. Il faut alors arriver au plus vite à mettre le débiteur sous la surveillance de la justice, du moment qu'il a déposé requête à fin de concordat, car, par là, il vient de faire un aveu d'insolvabilité.

Il faut se protéger contre la mauvaise gestion du débiteur et contre l'ingérence que certains créanciers pourraient être amenés à commettre, pendant la période qui s'écoule entre le dépôt de la requête et le jugement

d'ouverture. Il y aurait un moyen d'éviter ce dernier inconvénient en faisant produire au dépôt de la requête même, certains effets. La proposition de M. Emile Faure fait produire au dépôt de la requête l'effet de suspendre le droit pour les créanciers de poursuivre individuellement. Ce système a un gros inconvénient, en ce que le débiteur, de par sa propre autorité, arrive à s'accorder un délai de grâce et ceci est d'autant plus dangereux que, d'après la dite proposition, le débiteur négocie avec ses créanciers, sans un contrôle trop serré de la justice, et cela pendant trois mois, au cours desquels il doit soumettre au tribunal un traité de concordat à fin d'homologation.

C'est là une solution à laquelle on ne pensera certainement pas trop à s'arrêter. Normalement, la suspension des poursuites, ainsi que les autres effets, ne seront produits que par le jugement d'ouverture. Il y a deux moyens d'empêcher que des méfaits se produisent ; le premier est celui de rendre un jugement aussi rapidement que possible ; mais si on impartit au tribunal un délai très court pour ce faire, on ne peut pas lui demander des investigations trop poussées sur la situation du débiteur. Le deuxième moyen serait celui adopté par la loi allemande de 1935, qui consiste à faire surveiller le débiteur, pendant la procédure provisoire, par un administrateur, dont nous parlons plus en détail dans la section relative à l'administration du patrimoine pendant la procédure.

Le premier moyen a déjà été employé dans la loi du 2 juillet 1919, article 4, le tribunal devait rendre le

jugement sur la requête, dans les cinq jours, mais c'était là une disposition dont la sanction n'était pas la nullité. C'était plutôt une recommandation adressée aux juges.

La loi roumaine oblige le tribunal à décider de la requête dans le même délai de cinq jours¹, et la loi belge demande que le juge-délégué fasse son rapport sur la situation du débiteur dans un bref délai, de manière que le tribunal puisse statuer dans la huitaine².

* * *

Une question qui se rattache à la même préoccupation de rendre la procédure rapide et, surtout, de ne pas jeter l'incertitude sur le sort du débiteur, à savoir sur son admission, ou refus au bénéfice de la loi, est celle de soustraire le jugement d'ouverture aux voies de recours.

Contre le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, il n'y a pas d'appel possible, sauf lorsque la demande du débiteur a été refusée et, dans ce cas, de la part du débiteur uniquement, ceci en supposant qu'aucun des créanciers n'a demandé la mise en faillite du débiteur. Dans cette hypothèse, le jugement ouvrant la procédure de liquidation et rejetant la demande de mise en faillite est susceptible d'être attaqué par ceux qui ont été parties à l'instance.

Supposons maintenant que le tribunal, en rejetant la requête du débiteur à fin de liquidation judiciaire,

1. Article 2.

2. Article 4.

déclare d'office la faillite. Dans ce cas, l'appel est certainement possible. Il sera intenté dans le même délai et par devant la même instance.

En ce qui concerne le règlement transactionnel, les choses présentaient une certaine complication. L'appel n'était admis qu'au cas où le tribunal refusait l'admission du débiteur au bénéfice du règlement ; la loi ne le disait pas, mais cela résultait par *a contrario* de l'article 4. L'appel devait être interjeté dans un délai de dix jours et il était jugé par la cour d'appel en la chambre du conseil.

Si le tribunal rejetait la demande à fin de concordat et si la faillite venait à être déclarée d'office, l'appel contre le premier jugement aurait dû être fait dans des délais différents, il aurait dû être jugé d'après d'autres règles que celui contre le jugement déclaratif de faillite. L'appel contre le jugement refusant la demande à fin de concordat devait être jugé dans le mois en chambre du conseil, alors que celui contre le jugement déclaratif de faillite montait au rôle et venait à son tour devant la cour.

Comment résoudre la difficulté ? Aurait-on pu invoquer l'exception de litispendance lors du jugement du premier appel, ou bien l'appel jugé en premier aurait fait autorité sur l'autre ?

C'est là une discussion qui n'est pas stérile, elle pourrait avoir un intérêt en pensant qu'il y a une proposition qui tend à la remise en vigueur du règlement transactionnel.

§ 2. — *Le caractère provisoire du jugement d'ouverture.*

Nous avons déjà beaucoup avancé sur ce point et nous avons montré ce caractère provisoire du jugement d'ouverture, et si nous y revenons, c'est pour reprendre une discussion qui s'était posée à propos de l'autorité de la chose jugée en instance d'ouverture vis-à-vis de l'instance d'homologation.

Pour situer la question, il nous faut remarquer que le jugement d'ouverture peut être précédé par une enquête, que la loi ordonne, ou peut être rendue sur la simple requête du débiteur et sur les pièces qu'il doit joindre à l'appui.

Ce dernier cas était celui du règlement transactionnel ; il est aussi celui de la plupart des propositions françaises. Mais, quoique le tribunal ne soit pas tenu, en principe, à procéder, ou à faire procéder, à une enquête avant de décider de la requête du débiteur, en fait, il faut qu'il se renseigne sur certains faits. Si le concordat préventif ne s'applique qu'aux commerçants, il faut que le tribunal se convainque qu'il a devant lui un commerçant, tout d'abord, et que ce commerçant est malheureux et de bonne foi, ensuite. L'instance doit constater l'existence de ces conditions avant de prendre une décision. Si elle a apprécié les faits d'une certaine manière, pourrait-il les apprécier autrement lors du jugement d'homologation, en supposant qu'il n'y ait rien de changé ? Avant de répondre, nous allons jeter un coup d'œil sur les législations étrangères, qui prévoient une enquête

avant le jugement d'ouverture et qui obligent le tribunal à prendre en considération certains faits, dont l'existence ou l'absence influe sur l'admission du débiteur au bénéfice de la loi.

La loi belge ordonne de procéder à une enquête faite par le juge-délégué, avant le jugement d'ouverture. La loi allemande ordonne une enquête et une consultation des représentants de la profession, qui n'influe pas sur la décision des juges, ceux-ci pouvant ne pas en tenir compte¹, car c'est un simple renseignement pour le tribunal. Mais, en dehors de cela, le tribunal doit s'enquérir de certains faits dont nous avons déjà parlé plus haut, qui se ramènent autour de deux points, un passé honnête du débiteur et une conduite suivant les lois et les us du commerce. Le tribunal doit constater que le commerçant a bien tenu ses livres, qu'il n'a pas fait faillite ou n'a pas obtenu de concordat préventif dans un certain délai antérieur à la demande, en un mot, qu'on ne puisse lui imputer aucun fait que la loi énumère comme faisant obstacle à l'obtention d'un concordat préventif. Le même est le cas pour la loi italienne et la loi roumaine ; celles-ci ne demandent pas d'enquête préalable, mais obligent le tribunal à rechercher si le débiteur remplit certaines conditions en dehors de sa qualité de commerçant.

Quoi qu'il en soit, que l'instance soit tenue ou non de procéder à une enquête, elle est toujours obligée de s'informer si la situation du débiteur est bien celle d'un

1. §, 14.

commerçant de bonne foi et malheureux et s'il remplit d'autres conditions que la loi lui impose.

Pour répondre à la question que nous avons posée plus haut, à savoir quelle est l'autorité de la chose jugée en l'instance d'ouverture sur la décision à venir en l'instance d'homologation, il faut considérer le rôle du tribunal. Remplit-il une fonction administrative ou une fonction juridictionnelle lorsqu'il rend son jugement d'ouverture et son jugement d'homologation ? A notre sens, le tribunal fait office d'instance contentieuse ; ceci ne fait pas de doute pour le jugement d'homologation, mais nous pensons qu'il en est de même pour le jugement d'admission. Il serait difficile alors d'admettre que les mêmes juges apprécient différemment les mêmes faits.

La jurisprudence italienne et la jurisprudence roumaine ont décidé, à plusieurs reprises, que lorsqu'un organe juridictionnel a statué par une décision non susceptible d'appel (le jugement d'ouverture est inattaquable, aussi bien d'après la loi italienne que d'après la loi roumaine), il ne remplit pas une fonction administrative, mais une fonction juridictionnelle. En l'instance d'homologation du concordat préventif, on ne peut, par conséquent, pas réexaminer les questions qui ont déjà fait l'objet d'une décision lors de l'ouverture de la procédure de concordat. Il n'y a que lorsque des faits nouveaux sont invoqués que l'instance d'homologation peut réexaminer les mêmes questions¹.

1. Ap. Milano, 21 décembre 1928, « Il dir. fallimentare », 1929, p. 319 ; *idem.*, 13 mars 1929, dans la même publication, « Pour le Droit italien », Trib. Ilfov., 30-1-1930, « Pour le Droit roumain ». Dans St. Ionesco, *op. cit.*, p. 276 et 277.

Nous devons envisager les choses sous deux régimes différents. Lorsque le jugement d'ouverture est susceptible d'appel de la part des créanciers, comme de la part du débiteur, il faut convenir que ce qui y a été dit, soit dans le jugement d'ouverture rendu en première instance et non attaqué, soit dans le jugement d'ouverture rendu sur appel, doit rester vrai pour les juges appelés à connaître de l'homologation.

Mais lorsque, par contre, le jugement d'ouverture n'est susceptible d'appel, les créanciers n'ont aucun moyen pour faire rectifier les erreurs qui s'y sont introduites avant le jugement d'homologation.

Par exemple, l'instance d'ouverture juge que tel débiteur peut bénéficier du concordat préventif, parce que commerçant, alors qu'en réalité il ne l'est pas ; il n'y a que lors de l'instance d'homologation que les créanciers pourront faire revenir le tribunal sur sa décision. Il est entendu que le tribunal fait un acte juridictionnel en rendant un jugement d'ouverture et qu'il ne devrait pas le modifier, s'il n'y a pas de voie de recours légalement instituée contre ce jugement ; mais ce jugement a ceci de particulier de ne pas être rendu à la suite d'un débat contradictoire, les parties entendues. Il est une nécessité de fait, qui impose de laisser à l'instance d'homologation, le droit d'apprécier les faits sur lesquels l'instance d'ouverture a déjà statué, si ce dernier jugement n'est pas susceptible d'appel. Nous estimons que le point de vue adopté par la jurisprudence italienne et roumaine peut se défendre en pure logique, mais que les besoins de la pratique ne le montrent pas comme étant le meilleur.

La question serait différente si les faits nouveaux, que le tribunal ne connaissait pas, venaient à être découverts après le jugement d'ouverture et avant celui d'homologation ; dans ce cas, nul doute que l'instance d'homologation pourra rectifier sa décision d'ouverture.

Nous pouvons tirer de ce raisonnement la conclusion que le jugement d'ouverture doit être provisoire, quelle que fût l'information que le tribunal aurait dû prendre avant de la rendre, si ce jugement n'est pas susceptible d'appel. L'instance d'homologation n'est certainement pas un deuxième degré de juridiction, mais elle peut en faire l'office, et ce serait sans utilité que d'empêcher le tribunal de rectifier, en instance d'homologation, les erreurs commises lors du jugement d'ouverture.

SECTION II

EFFETS DU JUGEMENT D'OUVERTURE

En général, c'est à partir du jugement d'ouverture que se produisent les effets attachés à la procédure de concordat préventif.

On pourrait envisager que certains de ces effets seront produits soit par le seul fait du dépôt de la requête, soit par suite d'un acte de l'autorité judiciaire, avant même qu'il y ait eu un jugement d'ouverture¹. Nous

1. D'après la proposition de M. Emile Faure, les poursuites individuelles sont suspendues du seul fait de la déclaration du débiteur au greffe. D'après la proposition de M. Baudouin Huguët, une ordonnance du Président du Tribunal de commerce produit le même effet. D'après la loi roumaine le dépôt de la requête suspend les poursuites individuelles également.

laissons ces systèmes de côté pour considérer le cas qui nous paraît normal, à savoir celui où le débiteur se trouve placé sous un régime spécial à la suite du jugement d'ouverture uniquement. A partir de ce moment, les poursuites individuelles sont suspendues, la procédure collective commence avec son arsenal de précautions. Il faut surveiller le débiteur et sa gestion, il faut aussi veiller à ce que l'égalité entre les créanciers ne soit pas rompue. De là interdiction pour le débiteur de procéder seul à la passation de certains actes, donc une diminution de sa capacité, qui se traduit par l'adjonction, à ses côtés, d'un administrateur, d'une commission de créanciers ou de contrôleurs — dans certaines législations —, parfois certaines déchéances peuvent s'ajouter.

Nous n'allons pas reprendre l'étude détaillée de ces effets. Il nous suffira d'insister sur quelques-uns d'entre eux comme : la nomination d'un administrateur au concordat, les déchéances que le débiteur pourrait encourir et, enfin, l'exigibilité de dettes non échues.

§ 1. — *La nomination d'un administrateur concordataire.*

Parmi les propositions françaises, deux notamment sont contraires à l'idée de faire appel aux administrateurs choisis parmi les syndics agréés par le tribunal de commerce. La raison (nous l'avons vue), c'est qu'il faut éviter tout ce qui peut rappeler la faillite, éviter la publicité semblable à celle de la faillite, éviter que le

même personnage s'y trouve mêlé, éviter, enfin, tout ce qui peut rappeler le déshonneur et le caractère infamant de la procédure de faillite.

La proposition de M. Baudoin Bugnet dit expressément que l'administrateur ne sera pas choisi parmi les mandataires habilités par le tribunal de commerce, alors que M. Faure se contente de dire, dans sa proposition, que les administrateurs ne pourront être désignés que parmi trois catégories de gens, les professionnels membres d'une chambre syndicale, parmi lesquels ne figurent pas les syndics et liquidateurs habilités par les tribunaux de commerce. La proposition de M. René Brunet va jusqu'à supprimer la fonction de l'administrateur, en attribuant les fonctions au juge-délégué. Une pareille institution existe en Roumanie, mais il ne faut pas se leurrer sur l'excellence du système et nous allons voir, dans la section relative à l'administration du patrimoine au cours de la procédure, combien ces juges remplissent leurs fonctions plutôt hâtivement, avec un résultat qu'on ne pourrait qualifier des plus souhaitables. C'est que le juge, de la place qu'il occupe, ne peut pas assurer la tâche d'un administrateur.

Le rôle de l'administrateur « est en contradiction avec la fonction du magistrat. Il ne semble pas possible de supprimer l'intervention d'un mandataire de justice, représentant la masse de tous les créanciers, chargé de constater les divers éléments d'actif, d'assurer leur conservation, de vérifier le passif, de contrôler l'exploit-

1. Article 3.

2. Article 4.

tation du fonds de commerce, d'assister le débiteur dans les instances judiciaires, avec les responsabilités qui en découlent pour ce mandataire, responsabilités qu'un magistrat ne saurait assumer »¹.

Nous sommes à nous demander pourquoi éliminer l'administrateur habilité par le tribunal de commerce, pour le remplacer par un autre, dont le rôle serait en somme le même, mais dont la compétence, l'expérience et le savoir seraient certainement moindres et qui n'entraînerait, somme toute, pas moins de frais que le premier.

Dans la faillite, le rouage principal est le syndic ; on ne peut pas en dire exactement autant pour le concordat préventif, l'administrateur joue ici un rôle moins grand en ce qu'il est appelé à surveiller le débiteur qui, lui-même, est un rouage actif, car il reste à la tête de son commerce, alors que dans la faillite, le rôle du syndic se trouve accru du fait du dessaisissement.

Les critiques qui ont été adressées aux syndics — en mettant de côté celle que nous avons annoncée en tête de ce paragraphe, à savoir le discrédit qu'aurait jeté sur le commerçant l'immixtion dans ses affaires de l'homme qui personnifie la faillite — ne sont pas tant d'impromptitude ou de vénalité, comme dans d'autres pays, notamment dans les pays anglo-saxons, mais de « prépotence et d'autorité excessive »². « L'Economiste Français » de Leroy-Beaulieu a porté contre les syndics

1. Rapport au nom de la Commission du Commerce et de l'Industrie de M. Louis Puech, *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, session 1932, N°6517.

2. Louis Puech, *idem.*

une campagne assez rude vers les années 1881-82, 1885, 1893. On les a accusés notamment de considérer les faillites comme leurs propres affaires, de les faire traîner en longueur, afin d'augmenter leurs honoraires.

Nul doute que la réussite d'une procédure de règlement collectif, dépend en partie du savoir et de la probité de l'organe chargé de l'administration ou de la liquidation de l'actif. Une procédure aussi splendide que possible peut aboutir à de mauvais résultats, tout comme on peut en obtenir de satisfaisants avec des syndics capables et honnêtes. Il faut considérer alors la nomination, le recrutement et les rétributions de l'administrateur.

Le Code de commerce de 1807 attribuait la fonction d'administrateur à un créancier, choisi parmi les créanciers du failli et non rémunéré. Mais le système n'avait pas donné de bons résultats, il y avait là une inadvertance que de prendre un ignorant de la procédure, lequel ne pouvait pas se reconnaître facilement dans le labyrinthe des paragraphes et que de l'obliger à délaisser ses occupations pour remplir une fonction exigeant beaucoup de temps, pour peu que la faillite fut un peu importante, et tout cela gratuitement.

La loi de 1838 adopta le système, plus sagement conçu, du syndic professionnel, désigné par le tribunal, avec une rétribution fixée par celui-ci.

Un peu partout dans les pays étrangers, on s'attaque à l'idée de syndic-fonction, car pour mener à bonne fin une faillite, il faut de l'expérience, une bonne connaissance des affaires, enfin, un apprentissage; tout ceci

n'est pas l'apanage de tout le monde qui fait un commerce quelconque, ou qui n'en fait point.

Quant à la désignation, on peut choisir entre le système de la nomination par le tribunal, avec ou sans l'assentiment ultérieur des créanciers, et celui de l'élection par les créanciers, sans que le tribunal ait à y regarder.

Pour la liquidation judiciaire, le tribunal nommait le liquidateur provisoirement, mais les créanciers, lors de la première assemblée, étaient appelés à en élire un définitif. En fait, ils ratifiaient l'élection du tribunal et il était bien rare que le choix fait par ce dernier ne restât pas définitif. Ainsi a-t-on proposé de laisser la nomination des administrateurs à la libre et seule latitude du tribunal ; ce qui a été réalisé pour la faillite et la liquidation judiciaire par le décret-loi du 8 août 1935.

Pour le concordat préventif, il n'y a pas de raison de se départir de ces règles. Il ne faut pas surestimer l'objection, suivant laquelle l'intervention d'un homme de métier compromettrait l'affaire du débiteur. Une bonne surveillance de la gestion, faite par un personnage appelé par ailleurs à faire fonction de syndic de faillite, faisant partie d'une corporation, sous le contrôle du tribunal de commerce, fait naître l'assurance parmi les créanciers ; et c'est à ceux-ci qu'il faut d'abord regarder lorsqu'il s'agit d'obtenir une remise de dettes ou des délais, car c'est leur confiance qu'il faut gagner en premier lieu.

Le crédit du débiteur sur la place n'est certainement pas la moindre des choses, il faut en tenir compte, mais

il serait difficile d'imaginer une procédure de règlement collectif, de laquelle le débiteur sorte avec un crédit meilleur qu'il n'en avait auparavant.

Une surveillance adroite peut décider du sort de l'institution et de son succès ; aussi ne faut-il pas la dédaigner et l'éliminer pour des motifs qui paraissent bien fondés en apparence, mais qui le sont beaucoup moins en réalité.

§ 2. — *Les déchéances.*

La déclaration en faillite entraîne avec elle toute une série de déchéances, qui persistent au delà des opérations de faillite, car c'est un fait grave que celui de faillir, et il doit être réprimé. Le failli n'aura plus ses droits civiques, il n'est plus éligible ni électeur politique¹, il perd le droit d'élire et d'être élu à toutes les assemblées professionnelles — tribunal de commerce, conseil de prud'hommes, chambres de commerce, chambres consultatives des arts et manufactures² — il ne peut plus être juré³, il ne peut plus se présenter à la Bourse⁴, les traites signées par lui ne sont plus escomptables à la Banque de France⁵, il ne peut pas exercer certaines professions comme celles d'agent de change,

1. Décret-loi du 2 février 1852, articles 15-17 et 26 ; loi du 7 juillet 1874, article 5 ; loi du 30 novembre 1875, article 1^{er} ; loi du 5 avril 1887, articles 14 et 82. Ces dispositions se trouvaient aussi dans la constitution de l'an VIII, article 5.

2. Loi du 8 décembre 1883, articles 2 et 8 ; loi du 27 mars 1907, article 5 ; loi du 19 février 1908, articles 1^{er} et 2.

3. Loi du 21 novembre 1872, article 2.

4. Article 613, du Code de commerce.

5. Décret du 16 janvier 1808, articles 50-51.

courtier¹, il ne peut plus être banquier ni administrateur de société de commerce². Le failli perd, en outre, son grade d'officier dans l'armée de réserve et le droit de porter des décorations.

La faillite est, en outre, inscrite sur le casier judiciaire.

Le failli s'expose ensuite à l'incarcération, mais dans le ressort de certains tribunaux cela ne se fait plus³.

Ces rigueurs ont eu une tendance constante à s'atténuer, jusqu'à un certain moment, il fallait la réhabilitation qui ne s'obtenait qu'après avoir payé toutes ses dettes, mais après la modification apportée à l'article 605 du Code de commerce par la loi du 23 mars 1908, le failli est réhabilité de droit dix ans après la déclaration en faillite.

Les adoucissements progressifs qui ont été apportés par diverses lois⁴ ont atténué le caractère pénal de la faillite à un point tel que, actuellement, elle n'effraie plus personne, et c'est souvent une bonne affaire que de faire faillite, et l'on peut même devenir riche en la répétant savamment plusieurs fois.

Sur ce point, une distinction très nette doit s'établir entre le concordat préventif et la faillite ; il faut rendre le débiteur en concordat exempt de toute déchéance, si possible, et accabler le failli.

1. Article 83 du Code de commerce.

2. Loi du 19 juin 1930.

3. Suivant l'article 482 du Code de commerce, le juge commissaire transmet au parquet le rapport sur la faillite. Mais dans le département de la Seine il n'y a jamais d'incarcération ; Troullier, dans *l'Economie Nouvelle*, avril 1932, p. 193.

4. Loi du 30 décembre 1903 ; loi du 31 mars 1906 et la loi déjà citée du 23 mars 1908, en outre il y a eu la loi d'amnistie du 29 avril 1921, qui réhabilitait tous les débiteurs faillits avant le 10 mars 1920.

La liquidation judiciaire n'attire pas, autant de disgrâce que la faillite, sur le débiteur, celui-ci n'encourt que les déchéances concernant les fonctions électives.

On s'est demandé si pour le concordat préventif ces déchéances, ou certaines d'entre elles, doivent frapper le débiteur. On part de l'idée que le débiteur est un homme honnête, mais malheureux. Est-il alors besoin de lui infliger un supplément de malheur ; est-il besoin de le flétrir, alors que le but de la procédure de concordat est de le rendre à la vie commerciale assaini, si possible est ? *A priori*, ce raisonnement serait juste et aucune peine ne devrait s'ensuivre ; dans les lois étrangères, il n'est pas question de déchéance pour le débiteur.

Une solution mitigée a été proposée pour le débiteur en liquidation judiciaire, consistant à laisser à l'appréciation du tribunal le fait de faire encourir au débiteur des déchéances ou non. Dans leur projet, MM. Léon Bérard et Louis Rollin proposant des modifications à l'article 21 de la loi du 4 mars 1889, car, disait-on dans l'exposé des motifs du projet, « il n'y a pas de raison pour qu'aux mesures de conservation du gage commun des créanciers, objet de la mise en liquidation judiciaire, vienne nécessairement s'ajouter une sanction, qui atteigne injustement l'honneur du débiteur »¹. Le raisonnement aurait dû conduire à repousser d'emblée, et dans tous les cas, l'application des déchéances ; on n'est pas allé jusque là, car il y a des raisons qui font encore que certaines sanctions soient justifiées et surtout dans cer-

1. Article 21, loi du 9 mars 1889.

1. *Doc. Parl.*, Chambre des Députés, 1931, II, p. 391, Annexe N° 5871.

tains cas. La cessation de paiements — et, d'une façon générale l'aveu de la part d'un commerçant qui ne peut pas payer ses dettes, pour quelque cause que ce soit — est une réalité bien cruelle, qui met le débiteur dans une situation d'infériorité ; ce peut être le fait du hasard, mais c'est un fait qui atteint son crédit et sa bonne réputation. Le débiteur reste bien un commerçant, mais il n'est plus l'égal de ceux qui honorent leur signature.

La première question qui se pose est celle des incapacités professionnelles. On a objecté qu'il serait inadmissible qu'un commerçant, ayant cassé ses paiements puisse continuer à siéger au tribunal de commerce et à décider de la faillite des autres.

L'objection n'est pas sans importance. Quant aux déchéances civiques, on a dit que c'était illogique de les maintenir du moment que le commerçant était de bonne foi, car tant d'autres qui ne le valent pas ont le droit de siéger à la Chambre et de voter aux élections¹.

C'est une question d'opinion et d'appréciation, car ce serait bien difficile de montrer du doigt ceux qui valent et ceux qui ne valent pas un commerçant failli et de bonne foi. Il serait toutefois bien étrange de voir siéger à la Chambre, ou dans d'autres assemblées communales ou départementales, ceux qui n'auraient pas le droit de le faire au tribunal de commerce ou dans d'autres assemblées professionnelles. Ces déchéances, pour peu qu'on soit scrupuleux, vont ensemble, et le mieux ce serait de laisser au tribunal le soin de les faire jouer en bloc ou de ne pas les appliquer du tout.

1. Ripert à son Cours.

§ 3. — *Exigibilité à l'égard du débiteur des dettes passives non échues.*

Lorsqu'il s'agit d'une faillite ou d'une liquidation judiciaire, le jugement déclaratif produit, parmi les autres effets, celui de rendre exigibles les dettes passives du débiteur non encore échues. Pour le concordat préventif, il faut tenir compte de cette considération, qui revient toujours comme un refrain, que le but poursuivi est, non pas la liquidation, mais la remise du débiteur à la tête de ses affaires. Et du moment qu'il faut accorder au débiteur des délais, à quoi bon rendre exigibles les dettes à terme, puisqu'il faut lui en accorder d'autres de suite.

La Société d'Etudes Législatives, lors de la discussion en assemblée générale du rapport sur la réforme de la liquidation judiciaire¹, avait pris en discussion la réforme de l'article 8 de la loi du 4 mars 1889. La question s'était posée de savoir s'il ne valait pas mieux laisser à l'appréciation du tribunal de faire produire au jugement déclaratif — ou autrement dit jugement d'ouverture — cet effet ou non.

Quelles furent les raisons en faveur de cette thèse ? D'abord le concordat préventif n'est pas fait pour aboutir à la liquidation. Son but est de sauver le débiteur. Celui-ci use du concordat pour prévenir la faillite, pour surmonter un coup difficile. S'il n'obtient pas le vote favorable de ses créanciers, il ne peut pas garder

1. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 268.

le bénéfice de la loi et ne peut liquider à l'abri des conséquences de la faillite, comme dans la liquidation judiciaire. La faillite s'ensuit, soit que le tribunal la déclare immédiatement, soit que le débiteur, retombant dans son état primitif, est obligé de déposer son bilan, ou se trouve assigné devant le tribunal de commerce par ses créanciers, soit qu'un concours inattendu de circonstances lui permette de se redresser et alors tout est pour le mieux.

Normalement donc, lorsqu'il y a concordat préventif, c'est pour que le commerce continue. Mais, exceptionnellement, on peut imaginer qu'il finisse par un abandon d'actif et, dans ce sens, on conçoit facilement pourquoi il est bon de laisser à l'appréciation du tribunal de faire produire au jugement d'ouverture l'effet dont nous nous occupons.

Laissant de côté cette dernière hypothèse et tenant compte de celle qui doit se produire normalement, il faut convenir que le meilleur procédé, pour aider un commerçant à se tirer d'affaires, n'est pas d'ajouter à ses dettes échues — qu'il a déjà beaucoup de mal à payer — celles qui ne le sont pas. Si un créancier a consenti à lui accorder un terme, pour des raisons ou intérêts bien estimés et qu'il a cru devoir rester créancier à ce prix, pourquoi ne le resterait-il pas jusqu'à l'échéance, d'autant plus que, pour la plupart du temps, le commerçant gêné veut se refaire par des délais que ses créanciers lui consentiront ? Le fait de ne pas rendre échues les dettes passives, par l'ouverture de la procédure du concordat, est dans la logique du système. Mais il

y a à cela des objections. D'abord en ce qui concerne l'intérêt des créanciers ayant consenti à avoir une créance à terme. Ils l'ont bien consentie tant que le débiteur était *in bonis*, mais le jour où celui-ci ne peut pas payer, il n'est que très normal qu'on lui retire la confiance et qu'on exige d'être payé au plus tôt, en consentant, bien entendu, des sacrifices comme tous les autres.

Ce raisonnement est bien dans la logique des principes de la faillite, mais le concordat préventif — il faut se le rappeler — ne doit pas être une petite faillite ou quelque chose comme une faillite, mais en moins sévère ; il a des règles propres. Il est vrai qu'il est normal de retirer sa confiance à un débiteur qui ne paie pas, mais la véritable raison qui commande l'exigibilité des dettes à terme n'est pas là, elle est dans la nécessité de mettre sur pied d'égalité tous les créanciers d'un débiteur en faillite, pour pouvoir se présenter au paiement des dividendes au cas où l'actif viendrait à être liquidé, mais dans le concordat préventif, on ne liquide pas.

Si on maintient la règle de l'exigibilité des dettes à terme pour le concordat préventif, en analysant les choses de plus près, on peut arriver à trouver cette situation paradoxale que le débiteur ayant une dette non échue soit traité mieux que les autres et, parfois, mieux qu'il n'aurait été traité s'il n'y avait pas eu de concordat préventif. Supposons un créancier qui ait consenti une dette à terme de quelques années (ceci est fort rare en matière commerciale, mais peut se trouver). Le concordat survient, le débiteur ne demande

que des délais, plus courts que le terme accordé par notre créancier. Celui-ci se trouve être payé avant l'échéance ; ce que, pour les autres, signifie un sacrifice, pour lui serait une aubaine. On comprendra qu'alors ce créancier votera de très bon cœur le concordat, comme l'a déjà remarqué M. le professeur Amiaud à l'assemblée de la Société d'Etudes Législatives. Ce raisonnement ne serait tout à fait vrai qu'à une condition, que les intérêts servis à notre créancier ne soient pas moindres que ceux qu'il aurait touchés si le commerçant avait été solvable.

Ceci nous amène à envisager une question qui ne s'était pas posée au sein de la Société d'Etudes Législatives, mais qui est étroitement liée à la présente. Lorsque le jugement d'ouverture rend échues les dettes qui ne le sont pas, il arrête le cours des intérêts. Donc, s'il fallait se ranger du côté de l'opinion demandant que les dettes à terme ne deviennent pas exigibles, il faudrait demander aussi que le cours des intérêts ne soit pas arrêté. Si le débiteur demande une remise de dettes, la dette à terme restera comme telle, mais il y aura à payer les intérêts convenus pour ce qui n'aura pas été remis. Si le débiteur demande une réduction du taux de l'intérêt et des délais, cette réduction ne devrait s'appliquer à la dette à terme que pour les délais consentis ; les délais expirés, et jusqu'à l'arrivée du terme, le créancier toucherait l'intérêt convenu et non pas l'intérêt réduit, car alors son sacrifice serait plus fort que celui des autres.

Ces deux propositions peuvent se combiner, pour

donner la solution, pour le cas où le débiteur demanderait une remise de dettes, des délais et une réduction du taux de l'intérêt.

En conclusion, nous pouvons soutenir que la logique ne commande pas, pour le concordat préventif, l'exigibilité des dettes à terme, mais qu'il faut laisser au tribunal la latitude de décider le contraire pour le cas où le concordat préventif devrait se terminer par un abandon d'actif.

SECTION III

L'ADMINISTRATION DU PATRIMOINE AU COURS DE LA PROCÉDURE

§ 1. — *Principe.*

Il nous faut rappeler à nouveau l'idée maîtresse en matière de concordat préventif. Cette institution est faite pour sauver le débiteur de bonne foi et malheureux d'une situation passagèrement mauvaise et le rendre à la vie des affaires, rétabli et sans flétrissure; il est donc de toute nécessité d'éviter tout ce qui pourrait léser le redressement du débiteur en concordat et de ne point faire apparaître aux yeux du public son état momentanément obéré. Cette idée doit se refléter également quant à l'administration du patrimoine.

Une première condition, pour respecter ce principe, est de laisser au débiteur l'administration de son patrimoine et cela pour les motifs suivants : par définition,

nous avons en face de nous un homme de bonne foi, auquel, jusqu'à preuve du contraire, il faut accorder confiance. On suppose, dès le principe, que le débiteur a bien géré, que son état n'est dû qu'à des circonstances dont on ne peut pas lui faire grief ; il est par conséquent logique de lui laisser l'administration de ses biens. Il y aurait un autre motif, qui a été mis en relief lors de l'élaboration de la loi du 4 mars 1889. On prétendait alors que ce qui poussait encore les commerçants à ne pas déposer le bilan à fin de faillite, c'était la peur de se voir dessaisis et laissés sans aucun moyen de subsistance, eux et leur famille ; aussi a-t-on prévu, dans l'article 6, que « le débiteur *peut* avec... l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation du patrimoine ». Le débiteur *peut* continuer, mais il ne continue pas nécessairement, cela tient à ce que (en exceptant le cas où l'autorisation de continuer le commerce n'est pas accordée, ou le cas où l'ordonnance du juge-commissaire autorisant cette continuation est attaquée)¹ la liquidation judiciaire peut être une véritable liquidation sans se transformer en faillite.

L'article 6 du règlement transactionnel disait que « le débiteur *continue* l'exploitation de son commerce ». Il fallait toujours l'autorisation du juge-délégué. En fait, il n'y avait aucune différence quoique les deux rédactions paraissent en établir une². Ce qu'il faut relever, c'est que la situation du débiteur en liquidation judiciaire, une fois l'autorisation d'administration ac-

1. V. à ce sujet Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit Commercial*.

2. Herbulo et Tchernoff, *op. cit.*, p. 75.

cordée, n'était pas définitive, elle pouvait être attaquée par tout intéressé, alors que dans le règlement transactionnel, les ordonnances du juge-délégué n'étaient pas susceptibles d'appel; le débiteur à la tête de son commerce n'avait rien à craindre tant que sa conduite ou les faits découverts à sa charge ne conduisaient pas au retrait du bénéfice de la loi et à la déclaration en faillite.

Le juge-délégué pouvait, dans le règlement transactionnel, retirer l'autorisation accordée, à ce sujet il avait un pouvoir absolu et sans recours, il pouvait ensuite saisir le tribunal de commerce pour prononcer la faillite — en cas de malhonnêteté — et même provoquer des poursuites de banqueroute¹.

Dans d'autres législations, la question de non dessaisissement ne se pose même pas, tant elle paraît découler de la logique des choses, ou lorsqu'elle se pose, on décide que le débiteur continue l'exploitation de son commerce de plein droit, sans recours à l'autorisation d'une autorité quelconque. Ainsi, la loi roumaine du 10 juillet 1929, modifiée le 4 juillet 1930, dans son article 12, décide que : « Au cours de la procédure de concordat préventif, le commerçant garde l'administration de ses biens, mais, à partir de l'admission en principe de la requête, il continue le commerce sous la surveillance de la commission des créanciers et la direction du juge-délégué ». La question du refus d'autorisation ne se pose point.

Dans les lois belge et allemande, on ne parle même pas de la continuation du commerce, tant il paraît

1. René Gain, *Règlement transactionnel*, p. 19.

naturel qu'il n'y ait pas de dessaisissement. La loi belge ne prévoit pas la nomination d'un administrateur, c'est le juge-délégué qui remplit ces fonctions et il doit autoriser certains actes du débiteur. « Le débiteur — dit cet article — ne pourra, pendant la procédure suivie pour l'obtention du concordat, aliéner, hypothéquer ou s'engager sans l'autorisation du juge-délégué »¹.

La loi allemande, par contre, connaît deux sortes d'administrateurs, un administrateur provisoire et un administrateur au concordat ; les fonctions de ceux-ci sont définies dans les articles 11 et 38 et suivants (loi du 24 mars 1935). Ainsi, l'article 39 intitulé « Devoirs de l'administrateur concordataire », nous renseigne que celui-ci « ... doit examiner la situation économique du débiteur et surveiller la conduite des affaires, ainsi que les débours nécessaires au train de vie du débiteur et de sa famille ». Il n'est nulle part question d'autorisation spéciale pour continuer le commerce. Il n'est venu à l'esprit des législateurs qu'il pourrait y avoir un dessaisissement. Il est vrai qu'en fait de liquidation judiciaire, cette autorisation est presque toujours donnée, car elle est donnée tout au début, avant qu'on ait le temps d'examiner de plus près la situation du débiteur, et il en était ainsi dans le règlement transactionnel². Pratiquement, il y a peu de différence entre les législations qui conditionnent la continuation de l'exploitation d'une autorisation et entre celles qui l'accordent de plein droit.

1. Article 6.

2. Herbulot et Tchernoff, *op. cit.*, p. 75.

Les projets français s'en tiennent à la thèse de l'autorisation. Le projet de la Commission de l'industrie et du commerce maintient l'article 6 de la loi du 4 mars 1889 ; alors que la proposition de MM. de Monzie et Cot adopte, dans l'article 16, la rédaction du règlement transactionnel. « Avec l'autorisation du juge-commissaire, le débiteur continue l'exploitation de son entreprise et conserve l'administration de ses biens¹. Dans la proposition de M. René Brunet tendant à la remise en vigueur du règlement transactionnel, certaines modifications y ont été apportées. Ainsi, le jugement d'admission, à l'inspiration de la loi belge, élimine l'administrateur, il ne reste que le juge-délégué, qui doit autoriser la débiteur à continuer son exploitation. Il y a là un manque de logique ; lorsqu'on se dispense de l'administrateur, il faut que le débiteur reste de droit, sans autre formalité, à la tête de ses affaires, car on ne voit pas qui pourrait le remplacer, au cas où l'autorisation de continuer le commerce lui serait refusée, et la proposition n'envisage pas cette situation. D'autre part, dans le règlement transactionnel, la requête à fin d'autorisation était présentée à la fois par le débiteur et l'administrateur. C'est ici une simple remarque, mais pas une difficulté, car il n'y a rien de plus simple que de concevoir la requête présentée uniquement par le débiteur.

1. L'article 6 du règlement transactionnel disait « le débiteur continue l'exploitation de son commerce et de son industrie ». Cette façon de parler « commerce et industrie » a été critiquée sous prétexte que le législateur employait un langage qui n'était pas tout à fait juridique. En disant commerce et industrie on prenait les expressions dans leur sens économique, alors que parlant droit, il aurait suffi de l'expression « commerce ». Le projet de Monzie et Cot l'a remplacée par l'expression « entreprise » plus correcte, sans doute.

Les projets de MM. E. Faure et Baudoin Bugnet ne parlent pas d'autorisation pour la continuation du commerce, et sur ce point, ils sont dans la logique du système, car, à notre sens, il serait normal de n'exiger aucune autorisation pour que débiteur continue son commerce, dans une institution préventive de faillite.

§ 2. — *Le contrôle de la gestion.*

Lorsqu'on convient qu'il est dans la logique de l'institution de laisser l'administration de l'entreprise au débiteur, il se présente de suite à l'esprit le problème de la protection des créanciers, contre les risques qui pourraient résulter pour eux d'une mauvaise administration et surtout d'une administration malhonnête; aussi faut-il surveiller le débiteur et interdire certains actes ou le soumettre à une autorisation préalable.

Là encore nous sommes amené à faire une distinction entre les systèmes qui connaissent l'administrateur et ceux qui n'en connaissent pas, dans lesquels le juge-délégué est préposé à la surveillance de la gestion du débiteur et à l'autorisation de certains actes.

A. — Dans le premier de ces systèmes, le débiteur reste — après l'autorisation du juge-délégué, de continuer son commerce, lorsque celle-ci est nécessaire — sous le contrôle de l'administrateur. Mais quelle est la nature de ce contrôle.

En se basant sur une différence de rédaction des textes, on a essayé de distinguer, entre le régime du débiteur en liquidation judiciaire et celui du débiteur en règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919.

L'article 6 de la loi du 4 mars 1889, dans son premier alinéa, dit que : « Le débiteur peut avec l'*assistance* des liquidateurs, procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, faire tous les actes conservatoires, vendre des objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver et intenter ou suivre toute action mobilière ou immobilière »¹, et le même article ajoute dans son alinéa 3 : « Le débiteur peut aussi avec l'*assistance* des liquidateurs et *autorisation* du juge-commissaire continuer l'exploitation de son commerce et de son industrie ».

La loi du 2 juillet 1919 employait des termes un peu différents. L'article 5 disait que « avec l'autorisation du juge-délégué et sous la surveillance et le contrôle de l'administrateur, le débiteur continue l'exploitation de son commerce...

« Toutefois il ne peut ni contracter de nouvelles dettes, ni aliéner tout ou partie de son actif, ni intenter ou suivre aucune action mobilière ou immobilière, sans l'*autorisation* et sans l'*assistance* de l'administrateur ».

En dehors de cela, l'article 5 énumérait ce que le débiteur devait mettre à la disposition de l'administrateur pour lui permettre d'« accomplir sa *mission de surveillance* ».

La loi de 1889 parle d'*assistance*, celle de 1919 de *surveillance et de contrôle*, puis pour certains actes d'*assistance* et d'*autorisation*.

1. Nous devons faire une réserve en ce qui concerne les actes conservatoires. Ceux-ci peuvent être faits, sans aucune assistance. Ils peuvent être faits non seulement par le débiteur en liquidation judiciaire, mais même par le failli, sans aucune autorisation ou assistance.

De ces différences de termes on a tiré une conclusion, disant que le régime du règlement transactionnel était plus libre que celui de la liquidation judiciaire en ce qui concernait l'administration du patrimoine¹.

L'auteur de ce raisonnement partait des définitions suivantes : l'*autorisation* serait le fait de donner son assentiment à l'acte, soit avant son accomplissement, soit au moment même de sa perfection. Donc tout acte soumis à l'autorisation doit être considéré interdit, défendu, à défaut de ladite autorisation ; l'*assistance* serait le fait pour une personne de figurer dans l'acte en même temps que le titulaire du droit, mais quelque fût l'opinion de l'assisté pour ou contre l'acte, il ne peut pas refuser l'assistance, même s'il s'oppose à l'acte ; la *surveillance*, synonyme du contrôle, serait le droit de regard sur une gestion, mais le surveillant n'aurait aucun droit d'immixtion, ou de commande et si des irrégularités venaient à se produire, sa tâche serait d'avertir qui de droit.

A la lueur de ces principes, qu'arrivera-t-il pour la liquidation judiciaire ? Le débiteur aura d'abord l'autorisation du juge-commissaire pour la continuation de son commerce ; une autorisation générale donnée une fois pour toutes, après quoi il agira avec l'assistance du liquidateur, mais ce serait une *assistance* et non pas une autorisation. Ceci reviendrait à dire que le débiteur doit tout simplement se faire assister par le liquidateur, ou prendre son avis, après quoi il agira à sa guise et les actes ainsi accomplis seraient opposables à la masse, et au cas où ils

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 58 et suiv.

auraient été faits de mauvaise foi ou dans l'intention de frauder les créanciers, il n'y aurait d'autre sanction que la conversion de la liquidation judiciaire en faillite. Cela eut paru étrange et l'auteur dont nous parlons le reconnaît car, il trouve que « ... cette solution est bien déconcertante dans un régime qui se rapproche tant de la faillite et est inspiré par une idée de suspicion contre le débiteur »¹.

On serait bien étonné de trouver en face du débiteur en liquidation un liquidateur, qui n'aurait d'autre fonction que celle d'assister, dans le sens auquel nous convenons à prendre ce mot. Les intérêts des créanciers ne seraient point sauvegardés. La jurisprudence² est bien d'accord pour admettre que les actes faits sans l'assistance du liquidateur ne sont pas opposables à la masse, or ce serait alors une véritable autorisation et non plus une assistance. C'est, dit-on, une « impropriété de termes », que la jurisprudence avait corrigée. De là la conclusion de M. Trasbot, que tous les actes d'administration du débiteur en liquidation judiciaire, seraient soumis à une autorisation plus ou moins tacite. Mais il en a été autrement pour le débiteur en règlement transactionnel, celui-ci était soumis à l'autorisation uniquement pour les actes indiqués dans l'article 6 alinéa 2, alors que pour tous les autres c'eût été une simple surveillance, d'où un régime infiniment plus libre.

Ce raisonnement pourrait nous faire croire que le

1. Trasbot, *op. cit.*, p. 64.

2. Cassation civile, 28 nov. 1906 ; D., 1907-1-64. Bordeaux, 11 mars 1907 D., 1907-2-148 ; Besançon, 10 juillet 1912 ; D., 1913-2-249.

régime du règlement transactionnel était foncièrement différent de celui de la liquidation judiciaire, en ce qui concerne l'administration de l'actif au cours de la procédure. En fait, que se passe-t-il dans la liquidation judiciaire ? Le débiteur est assisté par le liquidateur lorsqu'il demande l'autorisation de continuer son commerce ; cette autorisation obtenue, le liquidateur n'ayant pas le moyen d'être constamment aux côtés du débiteur, celui-ci administre tout seul, fait tous les actes qui entrent dans l'exercice normal de son commerce sous la surveillance du liquidateur¹, et se fait autoriser pour les actes que l'article 6 de la loi du 4 mars indique comme devant être faits avec l'*assistance du liquidateur*. C'est somme toute la même chose que ce qui devait se passer dans la procédure de règlement transactionnel.

En principe la différence entre les deux régimes peut se soutenir, lorsqu'on est d'accord pour prendre comme point de départ les notions d'autorisation, d'assistance et de surveillance telles qu'elles ont été définies et de vouloir lire, *autorisation* au lieu d'assistance dans le texte de l'article 6 de la loi de 1889.

Cette discussion paraît utile pour montrer que sur ce point le débiteur en liquidation judiciaire n'était pas moins libre que celui en règlement transactionnel.

La question ne peut donc pas se poser à ce sujet le jour où il s'agira de mettre sur pied une institution de concordat préventif. La différence de régime entre la liquidation judiciaire et le règlement transactionnel, quant à l'admi-

1. Cf., Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit Commercial*, N° 1294.

nistration du patrimoine était plutôt apparente que réelle.

Dans un concordat préventif, il existe un administrateur (qui n'administre rien, tout comme le liquidateur dans la liquidation judiciaire qui ne liquide rien); l'administrateur autorise et surveille; mais il serait faux de lui assigner un simple rôle de surveillant sans autorité, qui ne lui permet pas d'empêcher et de s'opposer aux actes qu'il trouve dangereux pour la masse des créanciers et de l'astreindre à donner simplement l'alerte lorsque le gage des créanciers est compromis. Il y aurait alors une sanction sévère, mais souvent inopérante — la conversion en faillite — car ce serait une satisfaction bien illusoire pour les créanciers que celle de voir leur débiteur en faillite, lorsqu'ils n'auront à toucher qu'un dividende bien maigre.

B. — Les législations étrangères, comme la loi belge et la loi roumaine sur le concordat préventif, connaissent uniquement un juge délégué et, cette dernière, une commission de créanciers, qui se partagent le rôle de surveiller la gestion du débiteur pendant la procédure et d'autoriser certains actes, que le débiteur ne peut pas accomplir seul. Après avoir étudié le rôle de chacun de ces organes, nous allons essayer d'apprécier la valeur du système.

Le juge délégué ou commissaire. — La loi belge ne connaît, comme organe de contrôle, que celui-là. Son rôle commence dès avant le jugement d'ouverture. Sur la vue de la requête, le tribunal réuni en Chambre du conseil avant de statuer, délègue un de ses membres,

pour vérifier la situation du débiteur et lui faire un rapport ¹, dans un délai assez bref, car il faut que le tribunal statue dans la huitaine. Pour faire ce rapport le juge est libre de faire appel à des experts, afin de mieux être éclairé sur la situation du débiteur. Les experts « après avoir prêté entre ses mains serment de bien et fidèlement rempli leur mission, procèderont à la vérification de l'état des affaires du débiteur » ². Cette disposition a été adoptée par l'une des propositions françaises, comme nous l'avons déjà fait remarquer.

Pendant toute la procédure le débiteur continue seul l'administration de son entreprise, mais le juge-délégué doit l'autoriser pour les actes d'aliénation, constitution d'hypothèque ou autres engagements.

La loi roumaine assigne au juge-délégué un rôle analogue. La nomination de celui-ci n'a lieu que lors de l'admission en principe de la requête du débiteur, mais en même temps le tribunal lui adjoint une commission de créanciers, pour surveiller la gestion du patrimoine. Cette commission exerce ses fonctions gratuitement, elle se compose de un à trois membres, qui ne peuvent pas être parents jusqu'au 4^e degré avec le débiteur ³.

Tout comme dans la loi belge, le juge peut, s'il le trouve nécessaire, faire appel à des experts autorisés, ou désignés parmi les créanciers. Le juge-délégué commence par viser les registres du commerçant, en y faisant mention du jugement d'admission rendu par

1. Article 5.

2 Article 7.

3. Article 7.

le tribunal, il procédera ensuite, avec la commission des créanciers, à des actes d'investigation afin de faire l'inventaire de l'actif, il vérifie la liste des créanciers et établit un *rapport détaillé* — dit la loi — de la situation économique et de la conduite du débiteur, ce rapport devant être déposé au greffe, cinq jours avant l'assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent le consulter.

Un système particulier est inauguré par cette loi, quant aux actes qui doivent être autorisés par le juge au cours de la procédure. Il est dit « les actes d'aliénation qui n'entrent pas dans l'exercice normal du commerce, les constitutions d'hypothèques, les emprunts, gages, donations en garantie et en général tous actes qui dépassent l'exercice normal du commerce, ne peuvent être opposés aux créanciers, s'ils n'ont pas été autorisés par le juge-délégué sur la base d'une nécessité et utilité évidente ».

Il est particulièrement dangereux qu'une pareille formule. On ne saurait fixer une limite. Faut-il dire que tout acte d'administration est permis alors que seuls les actes de disposition dépassent l'exercice normal du commerce ne le sont pas, ou bien il y a même parmi les actes d'administration de ceux qui le dépassent et qui, par conséquent, doivent être sujets à autorisation.

On voit de suite les inconvénients. Le tiers, qui traite avec le commerçant en concordat, ne saura jamais si l'acte qu'il vient de passer, pour peu qu'il ne soit pas expressément mentionné dans la loi, est soumis à l'autorisation ou non. Le commerçant doit se trouver bien embarrassé ne sachant jamais exactement quand il lui

faut recourir à l'autorisation, pour ne pas s'exposer plus tard à des conséquences désagréables. D'autre part, il faut que les actes soient autorisés sur la base d'une nécessité et utilité évidentes. Mais une nécessité ou utilité qui peut être évidente pour un commerçant peut ne l'être que très peu, ou pas du tout pour un juge¹.

En face d'un pareil état d'incertitude, il ne reste plus aux tiers qu'à agir avec un maximum de prudence.

Il ne faut pas cacher que ce système présente, ou plutôt peut présenter, des avantages, lorsque nous nous trouvons devant une commission de créanciers très vigilante et devant un juge-délégué fort consciencieux et soucieux des intérêts des créanciers et de la bonne marche de la justice, mais tel n'est pas toujours le cas.

Nous avons vu ce que la loi prescrit au juge-délégué de faire, en réalité il ne fait presque rien, témoigne un juge qui avait exercé quelque temps ces fonctions². Il se borne tout simplement à viser les registres du débiteur, puis il choisit des experts, qui agissent à sa place et loin de la présence de la commission des créanciers, rédigent sur les indications du débiteur *un simulacre de rapport*, duquel il ne résulte jamais la situation nette du débiteur et encore moins sa conduite. Il n'en est pas moins vrai qu'une loi vaut autant que ceux appelés à l'appliquer, mais quelque fût la valeur des organes que nous avons vu plus haut, il ressort clairement qu'il y a

1. Il faut tenir compte du fait que, la Roumanie ne connaît pas l'institution des juges consulaires et que, en matière commerciale, ce sont toujours les juges de carrière qui tranchent les conflits.

2. Georges Solomonesco, « Un an judecator concordatar », *Revista de drept comercial si studii economice*, Bucarest, 1934, N° 4-5.

une lacune : il n'y a pas d'administrateur, et cette constatation faite, il nous sera facile de nous prononcer sur le système.

Nous avons d'une part un magistrat, dont les occupations ne lui permettent pas de suivre les affaires du débiteur et de les contrôler d'une façon régulière — d'ailleurs la loi ne l'y oblige pas¹ — à ses côtés des créanciers constitués en commission qui exercent leurs fonctions gratuitement ; enfin des experts, lesquels sont fort peu soucieux, n'ayant pas un intérêt particulier à la bonne marche des investigations et qui, pour peu qu'ils soient disposés à ne pas rester dans la ligne de la plus stricte correctitude, se laisseront influencer par le commerçant. Tous ces moyens ne donneront pas de garanties suffisantes, tel que l'aurait fait un administrateur rétribué et responsable. L'absence d'un administrateur peut enlever toute garantie de bonne conduite et de surveillance efficace, et il n'y a pas de raison de l'éloigner sous prétexte que l'immixtion d'un homme, qui ordinairement met sa main dans la faillite, compromettrait le succès de l'institution.

Il reste la *commission de créanciers* ; tant que ses fonctions sont gratuites, sa surveillance est inefficace, car personne n'est assez altruiste pour sacrifier son temps et ses occupations aux intérêts de la masse et la pratique l'a démontré. « En pratique, sauf dans des cas fort rares, la commission reste en dehors de toute immixtion dans

1. A ce sujet la loi belge fait une exception en obligeant le juge délégué à contrôler la marche des affaires du débiteur tous les trois mois, ou chaque fois que le tribunal l'exige.

la conduite du commerce de celui qui a demandé le concordat, soit que son immixtion se heurte à la résistance, soit que son opposition aux actes d'administration du débiteur reste inefficace »¹.

La difficulté serait donc en ce que la commission des créanciers, en voulant exercer un contrôle vigilant, se heurte à la résistance du débiteur, mais en admettant que ce dernier soit tout enclin à se laisser contrôler, quelle est la fonction de la commission ? C'est de surveiller ; elle n'a pas alors le droit d'interdire la passation d'un contrat désavantageux pour les intérêts de la masse en le rendant inopposable à celle-ci, par le seul fait de l'interdiction, car elle n'a qu'un droit de surveillance. La loi même dit — dans son article 12, 4^e alinéa — que la commission peut s'opposer aux actes d'administration du commerçant, en donnant avis de cette opposition au juge-délégué qui en décidera. Ce n'est donc pas la commission de créanciers qui, de sa propre autorité, peut entraver un acte estimé dangereux : mais la procédure par devant le juge-délégué est lente, car celui-ci convoque le débiteur et les créanciers en la chambre du conseil et statue par une ordonnance, susceptible d'appel dans un délai de trois jours.

Il apparaît clairement combien lente est une pareille procédure et combien peu efficace.

En admettant que le commerçant passe aux actes que la commission des créanciers lui a défendus, avant que le juge-délégué ait eu le temps de les convoquer par devant

¹ 1. Solomonesco, *idem*.

lui et que ces actes, tout en étant préjudiciables aux intérêts de la masse, ne dépassent pas l'exercice normal du commerce, y aurait-il inopposabilité à la masse ? Sans doute faudra-t-il répondre non. Il faudrait alors se contenter de simples sanctions contre le débiteur, or cela n'avantage en rien la situation des créanciers.

§ 3. — *Le système de la loi allemande.*

Dans ce dernier paragraphe, nous allons donner un court aperçu du système de la nouvelle loi allemande du 4 mars 1935. Nous avons là une innovation par rapport à la loi de 1927 en ce que la procédure comporte pour ainsi dire deux phases ; la première va jusqu'au jugement d'ouverture, autrement dit, jugement d'admission c'est la phase préparatoire, non pas d'une solution du concordat, mais de la procédure proprement dite, et deuxième est la procédure proprement dite.

D'après la loi allemande de 1927, la procédure préparatoire, c'est-à-dire le temps s'écoulant entre le dépôt de la requête et la décision d'ouverture n'était pas surveillée, le débiteur faisait ce que bon lui semblait, la nomination du juge-délégué et de l'administrateur n'avait lieu que par le jugement d'ouverture et c'est à la suite de ce jugement uniquement, que les effets, comme la suspension des poursuites, la restriction de la capacité du débiteur et autres, se produisaient.

Le nouveau système de la loi allemande commence par faire surveiller le débiteur du moment où il dépose sa requête. A partir de ce moment, le tribunal nomme un

administrateur provisoire¹, dont les fonctions prennent fin avec la décision d'ouverture de la procédure concordataire, ou, si le tribunal repousse la demande du débiteur, avec le jugement déclaratif de faillite². Lorsque le concordat est accordé, un administrateur dit « concordataire » reprend les fonctions du premier.

Le rôle de l'administrateur provisoire est double, il fait d'abord étudier la situation du débiteur, afin d'éclairer le tribunal en vue du jugement qu'il a à rendre, il doit ensuite surveiller la gestion du dit débiteur. La première de ces attributions n'est pas l'essentielle, car le tribunal a, à sa disposition, un moyen que la loi lui donne pour s'informer, c'est de faire appel aux représentants professionnels³.

La plus importante est la seconde. En principe la requête à fin de concordat ne produit aucun effet, si ce n'est la nomination de l'administrateur provisoire, mais avant même que la décision d'ouverture soit intervenue, celui-ci peut s'adresser au tribunal pour obtenir la prise de certaines mesures, afin d'assurer le gage des créanciers et d'éviter que l'actif ne soit compromis, soit par les actes du débiteur, soit par ceux des créanciers, qui gardent en principe le droit de poursuivre individuellement, tant que le jugement d'ouverture n'a pas été prononcé.

Le tribunal peut, pendant la procédure préparatoire, restreindre la capacité d'aliéner du débiteur et l'administrateur provisoire pourra s'opposer à certains actes, tout

1. § 11.

2. § 19, 4°.

3. § 14.

comme l'administrateur concordataire. En plus, l'administrateur peut demander au tribunal la suspension des exécutions « au cas où (cette mesure) serait avantageuse pour le résultat des réalisations ou pour éviter un préjudice menaçant pour les créanciers »¹. Mais cette disposition ne s'applique que vis-à-vis des créanciers qui feront partie de la masse, au cas où la procédure de concordat viendrait à être ouverte. Les poursuites commencées par les créanciers, ayant un droit garanti par des sûretés réelles, ne pourraient pas être suspendues.

Pour avoir un aperçu complet des fonctions de l'administrateur provisoire, la loi nous renvoie aux dispositions concernant l'administrateur concordataire, lesquelles s'appliqueront dans leur esprit au premier².

Après l'ouverture de la procédure, il sera nommé un administrateur définitif, qui doit surveiller le débiteur et veiller à ce que les restrictions au pouvoir de disposition de ce dernier soient respectées et qu'aucun fait dommageable ne se produise sans que le tribunal en soit averti³. Cela ne veut pas dire que l'administrateur est un simple surveillant et que le tribunal est seul en droit d'empêcher certains actes du débiteur et de les rendre inopposables à la masse. Le tribunal doit être averti pour être au courant des faits qui, par leur gravité, pourraient entraîner le refus de l'ouverture de la procédure du concordat ou le renforcement des mesures de restriction, que l'administrateur peut demander.

1. § 12 et 13 (1).

2. § 11 (2).

3. § 40 (1).

Le rôle de l'administrateur est fort important, il a droit de s'opposer à tout acte qu'il ne juge pas utile de faire, et doit autoriser tout acte que le tribunal interdit au débiteur de faire seul, ensuite « aucun engagement qui n'appartient pas aux affaires normales du débiteur, ne pourra être contracté sans l'autorisation de l'administrateur concordataire » ; de plus, le débiteur « devra s'abstenir également des engagements qui font partie des affaires courantes tant que l'administrateur s'y oppose »¹.

Le système serait donc le suivant : le tribunal fixe un certain nombre d'actes que le débiteur ne pourra pas faire, il garde la direction de son commerce, avec le droit de faire tout acte qui s'y rattache normalement, mais il devra tenir compte de l'opposition de l'administrateur, même lorsqu'il s'agira de la passation d'un contrat ou de la prise d'un engagement qui ne serait pas nommément interdit.

Ce système est beaucoup plus simple que ceux qui défendent, une fois pour toutes, au débiteur, de faire certains actes, sans autorisation préalable. Le tribunal pourra définir, pour chaque cas, en tenant compte de la situation du débiteur et de la nature de son commerce, les actes que celui-ci pourra faire ou non, et si, après l'ouverture de la procédure, les restrictions paraissent insuffisantes, il pourra les aggraver.

Il y a une disposition toutefois que nous trouvons répréhensible, lorsqu'on laisse au débiteur le droit de faire les actes qui entrent dans *l'exercice normal de son*

1. § 57.

commerce, nous avons déjà rencontré cette formule ; mais considérée dans l'ensemble du système, elle paraît plus excusable qu'elle ne l'était dans la loi roumaine, que nous avons analysée. En effet, le tribunal ayant le droit de limiter la capacité du débiteur, peut le faire jusqu'où il croit atteindre les limites de l'exercice normal du commerce et le tiers, qui traite avec le débiteur, peut toujours se retrancher derrière les dispositions du tribunal et prétendre à l'opposabilité de son contrat à la masse, pourvu qu'il n'ait pas été expressément défendu.

L'administrateur a, en outre, le droit de toucher les sommes dues au débiteur et de faire les paiements.

Le rôle de l'administrateur concordataire est aussi et avant tout d'éclairer les créanciers sur la situation du débiteur et de les mettre à même de juger, si ce dernier mérite bien la confiance et la grâce de ceux qui lui ont fait foi, et si les circonstances sont de nature à permettre son relèvement. Pour cela l'administrateur doit faire un rapport, montrant, en même temps que l'état des affaires du débiteur et les causes de son effondrement, les propositions du concordat et les possibilités de mener à bien l'entreprise, au cas où ses propositions seraient acceptées. Ce rapport doit être présenté à l'assemblée des créanciers et être adressé en copie à chacun d'entre eux¹.

Le système allemand est nouveau, il est aussi très pratique, surtout pour la procédure allemande qui peut ne pas être toujours très rapide. Entre le temps du dépôt

1. § 40 (2) (3).

de la requête et celui de son admission, peut s'écouler quelquefois un temps assez long, pendant lequel le patrimoine du débiteur peut se trouver anéanti, parfois du fait même des créanciers. La requête, d'après la loi allemande, fait l'objet d'une large publicité, mais elle ne suspend pas le droit des poursuites individuelles ; si les créanciers s'alarment et poursuivent le débiteur, sans qu'on ait le moyen de les en empêcher, le jour de l'ouverture de la procédure, il se pourrait qu'il n'y ait plus grand chose à l'actif. Ce serait la course entre les créanciers et ce serait à qui gagnerait de vitesse les autres. L'administrateur provisoire pouvant demander la cessation des poursuites, arrivera à protéger les créanciers contre eux-mêmes, plus exactement les uns contre les autres. Ceux-ci pourront, même s'ils ne poursuivent pas, exercer une certaine pression sur le débiteur et l'obliger à leur accorder des avantages plus forts qu'aux autres.

Pour éviter ces tractations et aussi pour empêcher le débiteur de gaspiller son actif, la nouvelle loi allemande avait introduit la procédure préparatoire surveillée. « La procédure concordataire de 1927 n'y a pas réussi dans une mesure suffisante. La faute en est à sa structure technique, notamment à la procédure préliminaire, extra-judiciaire, sans surveillance du débiteur par une personne de confiance et sans garanties immédiates d'exécution »¹.

1. Dr Bley, « Die neue Vergleichsordnung », dans *Deutsche Juristen Zeitung*, du 1^{er} avril 1935, p. 391 et suiv.

CHAPITRE III

LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF

Après avoir vu les conditions d'admission au bénéfice du concordat préventif, nous allons voir dans ce chapitre les conditions qui doivent concourir à l'existence du concordat préventif, c'est-à-dire à l'établissement d'un traité entre le débiteur et ses créanciers afin d'éviter une déclaration en faillite. Ces conditions seront au nombre de deux : l'adhésion des créanciers et l'homologation du tribunal.

SECTION I

L'ADHÉSION DES CRÉANCIERS

Dans cette section, nous allons parler d'abord des créanciers concordataires, de la procédure permettant d'établir leur droit et de prendre leur consentement ensuite, et nous retrouverons dans un paragraphe final, les créanciers qui, quoique concordataires, se trouvent

dans une situation un peu spéciale, nous entendons par là les créanciers porteurs d'obligations.

§ 1. — *Les créanciers concordataires.*

Pour être créancier concordataire, deux conditions sont requises : avoir une créance non garantie par des sûretés réelles ; avoir une créance antérieure ou jugement d'ouverture, ou d'une façon générale, antérieure au moment à partir duquel les effets entraînés par la procédure de concordat commencent à se produire. Il y aurait une troisième condition qui se rencontre dans certaines législations et qui pourrait se formuler ainsi : avoir une créance qui, en dehors des deux autres conditions énumérées plus haut, remplisse celle de ne pas être exceptée par un texte exprès de la loi. Des exemples nous sont offerts par les lois allemande et roumaine, nous allons les reprendre dans un instant.

Le débiteur demandant le concordat préventif a affaire aux créanciers suivants. D'abord aux créanciers ayant des sûretés réelles. Ceux-ci, en principe, ne sont pas des créanciers concordataires, ils ne viennent pas en concours avec les autres, ils ne seront pas diminués dans leurs droits et ne seront pas soumis au traité, que le débiteur aura conclu avec les créanciers chirographaires, que dans la limite de la créance non couverte par la sûreté réelle ; en revanche, ils ne prendront part à aucune des opérations de concordat, que dans le cas, et dans la mesure où ils renoncent à leurs sûretés.

Il se peut que parmi ces créanciers figurent ceux

dont le droit de préférence trouve son origine dans un sequestre ou autre mesure d'exécution forcée, sur les biens du débiteur, d'une date antérieure soit à la requête soit au jugement d'ouverture de la procédure de concordat. Ces créanciers, en principe, sont des privilégiés; mais nous trouvons dans la loi roumaine, ainsi que dans la loi allemande, des dispositions décidant le contraire. La loi roumaine¹ décide que ces droits de préférence, acquis 60 jours avant la demande de concordat, n'ont plus d'effet, du fait de l'admission de la demande, mais qu'ils reprennent leur vigueur, si le concordat n'a pas été admis, ou s'il a été postérieurement annulé; et la loi allemande², décide que : « Les créanciers ayant obtenu par une mesure d'exécution forcée, une sûreté, restent des créanciers concordataires, s'ils ont acquis cette sûreté plus tard que le trentième jour, avant la présentation de la demande d'ouverture. Ceci trouve application correspondante également aux créanciers qui ont trouvé satisfaction à la suite d'une exécution forcée ».

Voilà donc une catégorie de créanciers qui pourrait venir grossir la masse des créanciers concordataires. Une idée de suspicion fait croire que certains créanciers, n'aient procédé à la prise de sûretés de connivence avec le débiteur, et pour cette raison, certains législateurs, ont cru bon de les faire rentrer automatiquement dans leur condition initiale.

Si d'une part nous voyons entrer parmi les créanciers concordataires ceux qui ne devraient pas y figurer,

1. Article 21.

2. § 28.

de l'autre nous y trouverons ceux qui devant être des créanciers concordataires, la loi les élimine, soit en leur permettant d'exiger leur créance en entier, soit en les excluant totalement. Dans la première catégorie entrent les frais de procédure, la loi allemande ¹ dit que les frais et taxes, ainsi que les rétributions dues à l'administrateur provisoire n'entrent pas dans les créances concordataires, même si elles ont pris naissance avant l'ouverture de la procédure. Dans la deuxième catégorie entrent ² les intérêts à partir de l'ouverture de la procédure, — cela va de soi, lorsque ce jugement comporte exigibilité des dettes passives non échues et suspension du cours de l'intérêt — les frais que les créanciers ont pu avoir en participant à la procédure, enfin les prestations auxquelles un créancier aurait pu avoir droit, du fait d'un acte à titre gratuit du débiteur.

Ces dispositions se comprennent facilement, car l'exclusion du titulaire de ces créances est faite à raison, non pas du créancier, mais à raison de la créance. Dans la loi roumaine ³ nous trouvons par contre des exclusions faites à raison du créancier qui est entouré d'une certaine suspicion de fraude, lui et le cessionnaire de sa créance. Ainsi l'époux du débiteur, les ascendants, les descendants, les frères et sœurs, les neveux et nièces et les parents par alliance du même degré ainsi que les cessionnaires des droits de ceux-ci, qui auraient acquis leur créance moins de six mois avant la demande du concordat, ne pourront

1. § 26 (2).

2. § 29.

3. Article 22.

pas participer au concordat et leurs créances ne seront pas prises en considération pour le calcul des majorités à réunir pour la conclusion du concordat. Ce qu'il y a de particulier à cette disposition, c'est que les créanciers plus haut énumérés ne sont pas exclus uniquement des opérations de vote et du calcul des majorités ; ils ne peuvent pas produire au concordat. Ceci peut paraître excessif, mais telle est la conclusion qu'impose la lecture du texte de la loi ; ces créanciers « ne peuvent pas participer au concordat ». Leur situation est alors celle d'un créancier contesté et non admis à la procédure¹, auquel il ne reste que le droit de faire valoir sa créance par devant les instances de droit commun, jusqu'à concurrence du dividende concordataire, au cas où le concordat aurait été définitivement homologué¹.

Il se peut que la prudence soit, cette fois, poussée un peu loin, car généralement, lorsqu'un créancier est entouré d'une certaine suspicion, on l'empêche uniquement de voter, mais non pas de produire ; c'est ainsi que le règlement transactionnel empêchait le cessionnaire d'une créance faite postérieurement à la requête, de prendre part aux opérations de vote² ; c'est ainsi que la loi allemande³ prend certaines précautions vis-à-vis de l'époux du débiteur, en l'excluant du calcul de la majorité lorsqu'il a voté pour le concordat, lui ou le concessionnaire de son droit, si la cession ne remonte pas à plus d'un an de l'ouverture de la procédure. Il va sans dire

1. Cf. St. Ionesco, *op. cit.*, p. 255.

2. Article 11, 3^e alinéa.

3. § 75.

que ces cessions de créance ne mettent pas obstacle au vote, si elles sont faites en vertu d'une obligation contractée avant les délais entre lesquels la cession est présumée suspecte.

En France, ni la liquidation judiciaire, ni le règlement transactionnel, n'ont montré de méfiance pour des personnes se trouvant dans l'entourage du débiteur. Le règlement transactionnel n'a pas institué de période suspecte, il n'a pas non plus fait perdre l'effet aux mesures d'exécution, qui auraient pu établir au profit de certains créanciers, des situations privilégiées, lorsque ces mesures précédaient de peu la requête à fin de règlement ; dans les projets français on ne trouve pas non plus de dispositions de ce genre.

Il nous reste à étudier la situation des créanciers concordataires au cours de la procédure.

A partir de l'ouverture de la procédure les poursuites individuelles contre le débiteur sont suspendues, aucune inscription d'hypothèque ne peut plus être prise, à moins qu'il ne s'agisse d'hypothèques légales, ou d'hypothèques dont le titre remonte à une date antérieure à l'ouverture de la procédure. Les créanciers ne peuvent plus agir, tout ce qu'ils peuvent faire est de produire leurs créances, de prendre part à l'assemblée des créanciers, s'il y en a, de voter, pour ou contre les propositions du débiteur, enfin de contester, ou de faire opposition. Si les créanciers ne peuvent plus agir, on ne veut pas non plus qu'on agisse contre leurs intérêts.

Pour comprendre la situation des créanciers d'un

débiteur en concordat, il faut tenir compte de deux choses, d'abord il n'y a pas de dessaisissement au profit de la masse, ensuite les créanciers peuvent ne pas avoir d'hypothèque en leur faveur, dans le sens de l'article 490 du Code de commerce. Que va-t-il se passer alors ? Le débiteur gardera la direction de ses affaires, il pourra faire deux sortes d'actes ; d'aucuns qui comportent un certain danger pour les créanciers, ne pourront être faits avec l'autorisation de l'administration ou avec celle du juge-délégué ; dans ce cas les tiers, qui auront acquis des créances, auront la même situation que les créanciers de la masse dans la faillite, ils ne viendront pas en concours avec les créanciers concordataires et seront payés par préférence. De même sera la situation du tiers qui aura traité avec le débiteur en l'exercice normal de son commerce.

Mais il se peut que le débiteur, ayant son patrimoine entre ses mains, passe des actes qui ne seraient pas opposables à la masse sans l'autorisation préalable. Ces actes l'engagent et il sera obligé d'y satisfaire, au moment où il aurait recouvert la libre disposition de ses biens. Supposons que le débiteur consente une hypothèque, celle-ci ne pourra être inscrite tant que durera la procédure de concordat et la surveillance de l'administrateur, mais une fois le concordat conclu, le débiteur aura recouvert sa pleine et entière capacité et la libre administration, ainsi que le droit de disposer de ses biens, il pourra être poursuivi sur tout ce qu'il possède. Ce droit appartiendra à tous les créanciers de la masse ainsi qu'aux créanciers

personnels du débiteur postérieurs au jugement d'ouverture¹.

Si les créanciers concordataires ne sont pas garantis par une hypothèque dans la faillite, ils seront dans une situation désavantagée, car ils se trouveront après la conclusion du concordat, soit avec des créances réduites, soit avec des créances entachées d'un terme, ils ne pourront reprendre leurs poursuites que pour une quote-part de leurs créances initiales ou ne pourront le faire qu'au bout d'un certain temps. Pendant ce temps le tiers ayant acquis une hypothèque pendant la procédure de concordat, peut l'inscrire et nuire ainsi aux créanciers concordataires.

Pour parer à ces inconvénients, il reste aux créanciers concordataires une ressource, consistant en la prise d'une hypothèque en garantie de l'exécution des conditions du traité de concordat.

§ 2. — *La constatation du droit des créanciers et le vote.*

La question de la rapidité de la procédure pour la constatation du passif n'est pas quelque chose de spécial au concordat préventif, elle s'est posée avec tout autant d'intérêt, pour la faillite et la liquidation judiciaire. Le concordat préventif n'est pas une procédure de liquidation, — nous le répétons à nouveau — c'est une procédure de règlement et nous avons déjà rencontré des dis-

1. Léo Meller, *De la notion de créanciers de la masse dans la faillite*. Thèse, Paris, 1935, p. 412.

positions trouvant leur raison dans la nécessité d'aboutir rapidement à une solution.

La procédure de faillite et de liquidation judiciaire étaient longues, aussi les créanciers s'en désintéressaient.

Laissant de côté la faillite et ne considérant que la liquidation, nous trouvions une procédure — quoique plus accélérée que pour la faillite —, trop compliquée ; il y avaient beaucoup trop d'assemblées : une pour l'examen de l'actif et du passif et pour la nomination d'un liquidateur définitif et des contrôleurs ; deux, quelquefois trois, pour la vérification et l'affirmation des créances ; une ou deux, enfin, pour le vote du concordat.

Le règlement transactionnel, par contre, s'était rangé du côté d'une solution beaucoup plus pratique ; les assemblées de créanciers avaient été supprimées, du moins pour le cas normal, la procédure de vérification et contestation se faisait par lettres. Mais en voulant trop bien faire, le règlement transactionnel avait prêté le flanc à des critiques. On lui adressait notamment celle de ne pas avoir prévu une assemblée de créanciers pour tous les cas. Les propositions françaises s'en sont inspirées. Et ce sont les mêmes idées qui ont abouti par le décret-loi du 8 août 1935, modifiant le livre III du Code de commerce.

I. — *La production et la vérification des créances.*

Dans les législations étrangères, nous avons généralement une assemblée de créanciers, dans laquelle on procède aussi bien à la vérification des créances qu'au vote sur les propositions, concordataires. C'est ainsi dans la

loi belge¹, dans la loi italienne² et dans la loi roumaine³.

Ces assemblées sont souvent incluses dans un délai, la loi italienne le fixe à 30 jours de la décision d'ouverture⁴, la loi roumaine dans un délai maximum de 30 jours et minimum de 20, le jour de départ étant le même.

La convocation à l'assemblée a lieu par publication de la décision d'ouverture, et par lettres individuelles ou télégrammes⁵.

Le décret du 8 août 1935 adopte, en matière de production et vérification, le système du règlement transactionnel. Dans les 8 jours du jugement déclaratif, les créanciers doivent produire entre les mains du syndic, au moyen d'un bordereau contenant le montant de la créance, avec, à l'appui, des pièces justificatives; cet envoi sera fait sous pli recommandé avec accusé de réception. Le bordereau sera signé, certifié sincère et conforme⁶. Quelle est l'utilité de cette certification? Dans la procédure de faillite, avant la modification, il y avait l'affirmation des créances qui consistait à passer par devant le juge-commissaire et affirmer que la créance produite était sincère. Au cas où le contraire était vérifié, le créancier tombait sous le coup de l'article 593 du Code de commerce.

Par la signature et la certification, qui doit être apposée actuellement sur le bordereau de production,

1. Article 9.

2. Article 12.

3. Article 16.

4. Article 4.

5. Article 8 de la loi belge; article 5 loi italienne.

6. Article 491, C. com. et suiv.

on remplace cette procédure d'affirmation, qui d'ailleurs n'était qu'une simple formalité.

Ce qui est à retenir c'est que le délai de production commence à courir non pas de la publication du jugement déclaratif, mais du jour où il a été rendu. Ce délai n'est pas le dernier, car à son expiration les syndics devront insérer dans les journaux d'annonces légales une nouvelle invitation, ou bien ils aviseront les créanciers par lettre individuelle, qu'un nouveau délai, qui est cette fois de 15 jours, commence à courir pour la production des créances. Il reste maintenant à tenir compte des distances. Tous les créanciers, habitant hors de la France continentale auront un délai supplémentaire, d'un mois pour produire.

Les bordereaux de production réunis entre les mains du syndic, celui-ci procèdera à la vérification, assisté de deux contrôleurs désignés par le juge-commissaire, en la présence du débiteur. Ce système est emprunté au règlement transactionnel, à cette différence près qu'il y a des contrôleurs que la loi du 2 juillet 1919 ne connaissait pas. Les créanciers contestés seront avertis, par les soins du syndic, au moyen de lettre recommandée et devront dans les 10 jours fournir des explications, s'ils en ont¹.

L'opération de vérification doit être terminée au plus tard dans les trois mois à partir du jugement déclaratif et l'état des créances admises sera déposé au greffe; ceci fera l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales.

1. 493, C. com.

Le greffier — une fois le dépôt effectué — en annoncera chaque créancier, lui indiquant à la fois le montant admis de sa créance¹.

L'avis du dépôt de l'état des créances au greffe, fait courir un délai de huit jours, pendant lesquels les créanciers peuvent prendre connaissance de cet état et contester. Les contestations pourront être faites soit oralement, soit par écrit, par le débiteur ou par son mandataire².

Les créanciers seront appelés à fournir des explications par devant le syndic, qui prendra une décision soumise à la ratification du juge-commissaire. Dans un délai de 30 jours à partir de l'insertion dans les journaux, annonçant aux créanciers que le dépôt de l'état des créances au greffe a été effectué, le syndic ou les créanciers devront saisir le tribunal des contestations faites et le tribunal devra statuer, sans délai, sur le rapport du juge-commissaire, par un jugement sans appel³.

A l'audience statuant sur la contestation, les parties seront convoquées toujours à l'aide de lettres recommandées, trois jours au moins auparavant.

Avant les modifications apportées par le décret du 8 août, le tribunal ayant à décider d'une contestation sur l'admission d'une créance, pouvait choisir entre deux solutions ; ou bien surseoir à la convocation des créanciers en assemblée — si la cause n'était pas en état de recevoir jugement définitif avant l'expiration des délais fixés à l'égard des personnes domiciliées en France⁴ —,

1. 494, C. com.

2. 495, C. com.

3. Articles 498-499.

4. Article 499 ancien.

ou bien admettre la créance par provision, en fixant en même temps la somme.

Si le tribunal s'arrêtait à la première de ces solutions, cela allongerait encore la procédure. Le nouvel article 499 ne laisse plus de choix au tribunal ; celui-ci ne pourra que refuser l'admission de la créance, ou bien l'admettre par provision, sans pouvoir surseoir à la convocation de l'assemblée des créanciers. Dans les trois jours de la décision, le greffier avisera les créanciers admis par provision de la décision que le tribunal aura pris à leur égard ¹.

Par cette procédure une grande tâche sera accomplie sans que les créanciers aient eu à se déplacer, à perdre du temps, à supporter des frais et à être l'objet de la convoitise des gens plus ou moins suspects, qui se mêlent généralement à ce genre d'affaires.

II. — *Formation de la volonté collective.*

Il paraît tout naturel, lorsqu'on parle du concordat préventif, de penser que les créanciers auront un rôle à jouer, en veillant eux-mêmes sur leur intérêt. Ils seront appelés à surveiller la constatation du passif et à voter le concordat. Mais nous avons vu qu'il peut en être autrement ; du moins en France, il a pu en être ainsi lors du règlement transactionnel, avant qu'il soit modifié, et des exemples pourront être pris dans les législations étrangères actuelles, notamment dans la législation anglo-américaine, ou bien dans l'histoire de la faillite. L'Espagne a connu, au ^{xvi}^e-^{xvii}^e siècle, un système de faillite où l'autorité judiciaire prenait une place prépondérante,

1. Article 504, dernier alinéa.

c'était elle qui décidait à la place des créanciers, les intérêts de ceux-ci étaient abandonnés aux soins de la justice. La loi du 2 juillet 1919 l'a connu en partie, mais pour l'abandonner de suite. Aussi légitime qu'il soit, l'intérêt du débiteur honnête et malheureux, il y a un intérêt qui ne l'est pas moins : c'est celui des créanciers et s'il faut remettre sur pied une institution préventive de la faillite, l'expérience du passé suffira pour nous préserver des erreurs. « Dans les changements, voire même dans les adoucissements à apporter, il ne faut pas permettre qu'un débiteur, quel qu'il soit, puisse de sa propre autorité, se décerner un moratoire et transférer ses propres difficultés à des créanciers, dont le seul tort est d'avoir eu confiance en lui. S'il convient dans l'intérêt commun et dans l'esprit de clémence de laisser au débiteur momentanément essoufflé des délais, voire de lui consentir des remises, il faut de toute nécessité, sauvegarder la règle d'or la convention fait la loi des parties »¹.

Etant d'accord que les créanciers doivent jouer un rôle dans le concordat préventif, il se pose la question s'il est préférable que leur volonté se dégage à l'intérieur d'une assemblée ou en dehors de toute assemblée. On pouvait citer des exemples de la législation française pour illustrer les deux systèmes, le premier celui de la faillite et de la liquidation judiciaire, le second celui du règlement transactionnel.

Que reprochait-on au premier ? C'est de donner lieu à des tractations malhonnêtes, nuisibles au débiteur et

1. Discours du président Albert Buisson à l'audience solennelle du Trib. de commerce de la Seine du 20 janvier 1932.

aux créanciers à la fois. On peut lire dans l'exposé des motifs de la proposition de M. Corbeiller¹ un réquisitoire contre la procédure de la faillite et de la liquidation judiciaire. Il n'y aurait rien à reprocher à cette procédure « Si les créanciers eux-mêmes étaient consultés et votaient en toute liberté et indépendance, comme l'avait espéré le législateur de 1810... Malheureusement dans les tribunaux ... d'autres moyens et pratiques se sont fermement établis que la morale et l'honnêteté reprouvent ... les concordats sont votés par les mandataires que les créanciers se sont substitués, à qui ils ont laissé le soin de produire et d'affirmer leur créance, de remplir toutes les formalités assez nombreuses et délicates vis-à-vis de la faillite...

« Ainsi très souvent les créanciers ne connaissent même pas les propositions du failli pour obtenir son concordat. Ainsi très souvent le vote est acquis selon l'intérêt du mandataire, qui est très souvent loin de se confondre avec l'intérêt du créancier et même celui du failli, car l'obtention de ces concordats est très onéreuse pour le failli. Et combien n'ont pu l'obtenir faute de ces munitions » ?

Comment en sortir ? Il n'y avait qu'un moyen, celui de supprimer toutes ces formalités. Mais fallait-il aller jusqu'à l'autre extrême et supprimer toute assemblée de créanciers à l'instar du règlement transactionnel ?

Des raisons sérieuses ont été mises en lumière pour que, au moins une fois, les créanciers se réunissent².

1. *Doc. parl.*, Chambre des Députés, 1931, I, p. 1184, Annexe N° 5483.

2. Voir les opinions de MM. Trouillier et d'Aygurande, *Bull. de la Société d'Etudes Législatives*, 1934, p. 205 et suiv.

C'était d'abord l'une des principales critiques que les tribunaux avaient adressée au règlement transactionnel, que de ne pas avoir institué une assemblée de créanciers, L'assemblée des créanciers, il est de toute évidence, facilite les tractations scandaleuses, mais en supprimant l'assemblée on ne supprimera pas ce marchandage, on le rendra plus difficile, en le déplaçant du prétoire du tribunal à l'antichambre des créanciers. Ce qui rendait plus faciles ces agissements, ce n'était pas tant le fait même de réunir les créanciers en assemblée, mais de les réunir si souvent. Les petits créanciers, surtout, se désintéressaient totalement, les complications de la procédure les effrayaient, ils abandonnaient alors leur créance au premier qui voulait bien leur offrir quelque chose en échange.

Il y aurait d'autres arguments à invoquer à l'appui de la thèse soutenant la nécessité d'une assemblée, des arguments d'ordre moral aussi.

Les petits créanciers et ceux un peu éloignés, se trouvant seuls, ne s'informent souvent pas de la situation du débiteur, ne se sentant pas soutenus, ils hésitent à faire opposition. En assemblée, ils auront l'occasion de connaître l'opinion de ceux qui, mieux renseignés, auront un mot à dire, ils pourront éclairer leur religion et prendre une décision en toute connaissance de cause. En outre, a-t-on dit, et c'est ici l'argument d'ordre moral, il est bon que, au moins une fois les créanciers et le débiteur se retrouvent, car quelque désir qu'on ait à adoucir la situation du débiteur malheureux et de bonne foi, il y a avantage à ne pas lui épargner une légère épreuve expiatoire.

Si, en plus, nous nous reportons aux législations étrangères nous trouverons une assemblée, au moins, dans la procédure de concordat préventif.

C'est la solution à laquelle s'est arrêté le décret du 8 août 1935. L'admission des créances terminée soit qu'il n'y ait pas eu contestation, soit qu'il y en ait eu, et dans ce cas après la décision du tribunal, dans les trois jours suivants, les créanciers seront convoqués en assemblée pour décider des propositions du débiteur. La convocation se fera par des lettres individuelles et par des insertions dans les journaux ¹.

A l'assemblée présidée par le juge commissaire prendront part les créanciers dont les créances auront été admises définitivement ou par provision, eux ou leurs mandataires ². Le concordat sera conclu si la majorité en nombre des créanciers, représentant deux tiers des créances vérifiées et admises, acceptent les propositions du débiteur. Les créanciers absents ou non représentés, n'ayant pris part au vote seront déduits pour le calcul de la majorité ³.

Cette première assemblée peut se doubler d'une seconde, lorsqu'une des deux majorités est réunie. Les délibérations continueront dans huit jours. A vrai dire ce ne sont pas deux assemblées distinctes, la seconde n'est que la suite de la première, car les créanciers qui auront assisté à la première et auront signé le procès-verbal, ne seront pas tenus d'assister à la première et auront signé le procès-

1. Article 504, C. com.

1. Art. 505, C. com.

3. Article 507, 2^e alinéa, C. com.

verbal, ne seront pas tenus d'assister à la seconde, leur vote donné lors de la première sera acquis pour la seconde, à moins qu'entre temps ils ne changent d'avis.

Parmi les propositions françaises, nous trouvons celles qui se rallient au système de règlement transactionnel, où les créanciers absents étaient réputés acceptants; d'autres préfèrent les majorités en sommes, d'autres les majorités en nombres uniquement.

En pure logique, le système du Code de commerce était le plus juste; on ne s'oblige pas par son silence, par conséquent, le créancier ne disant rien, était réputé voter contre le concordat. Mais si la logique était de ce côté, en fait les choses se passaient autrement. Quantité de créanciers qui s'abstenaient de voter le faisaient plus par inertie et manque d'intérêt que par désir de s'opposer au concordat. Le règlement transactionnel tombait dans l'excès, mais dans l'autre sens, en supposant que les créanciers, qui ne disaient mot, consentaient. C'était une présomption, qui pouvait ne pas être fausse, mais rien moins que vraie. La solution la plus équitable reste celle du décret, ne pas tenir compte de ceux qui se désintéressent.

Que penser des majorités, faut-il compter les voix ou les peser? Là aussi la bonne solution est entre les deux; vouloir une majorité de voix sans tenir compte du montant des créances, serait abandonner le sort d'un traité à ceux dont l'intérêt n'est qu'insignifiant, ou du moins peu important. Ceux-là pourront avoir intérêt à toucher au plus vite, un dividende, mais avoir une situation nette, plutôt que d'attendre pour toucher davantage

au bout de quelque temps. C'est la mentalité du créancier de petites sommes, lequel se désintéresse de son droit dès qu'on lui parle de délais.

N'attacher d'importance qu'aux créances, ce serait courir le risque de voir quelques créanciers, simulés, ou vrais, tomber d'accord avec le débiteur en échange des avantages qu'ils pourront avoir par la suite.

Sur ce point les dispositions nouvelles ont emprunté la voie la plus équitable.

§ 3. — *Les créanciers obligataires.*

Le règlement transactionnel apportait une innovation, le groupement des créanciers obligataires d'une société en règlement, dans une masse à part. La même question revient sous un aspect un peu différent avec les nouveaux décrets-lois. Le décret du 30 octobre 1935, publié le 5 novembre, sur la protection des obligataires crée un régime, qui du point de vue faillite et liquidation judiciaire, présente une certaine analogie avec le régime du règlement transactionnel. Il n'y a pas une procédure différente pour les deux masses, mais il y a deux masses différentes. Ce ne sont pas deux masses de faillite distinctes, il n'y en a qu'une seule : il y a pour ainsi dire un rapport de subordination, en ce que la résultante de la masse des obligataires se traduit dans la masse des faillites, et y fait figure de créancier ordinaire. Chaque créancier porteur d'obligations ne figure plus dans la masse des créanciers de faillite ou de liquidation judiciaire, on n'aura désormais affaire qu'au représentant des obligataires.

La convocation des créanciers obligataires en une assemblée à part n'est pas nouvelle, elle se retrouve dans la loi italienne de 1903, articles 26 et suivants.

Les créanciers porteurs d'obligations seront convoqués dans une assemblée différente des autres, dans les mêmes délais que les créanciers ordinaires¹.

Toutefois pour l'assemblée des obligataires, ce délai peut être prolongé jusqu'à 60 jours.

Les propositions de concordat peuvent être différentes pour les deux masses de créanciers. La majorité prévue pour prendre des décisions valables est de deux tiers du total des obligations émises et non éteintes. Les obligataires peuvent voter en l'assemblée ou envoyer leurs adhésions par écrit, dans les 20 jours suivant le vote. Dans l'assemblée, les créanciers adhérents et dissidents peuvent choisir un mandataire, qui représentera le groupe respectif devant l'instance d'homologation.

Le règlement transactionnel avait divisé les créanciers en deux masses pour des raisons qui lui étaient spéciales. On voulait pour les commerçants individus une procédure qui ne soit pas longue et qui ne reçoive que très peu de publicité; or cela n'était pas possible lorsqu'il s'agissait de créanciers porteurs d'obligations, ceux-ci n'étaient pas toujours connus pour les avertir par lettres individuelles, il fallait qu'il y ait une publicité mieux organisée et plus large, afin que tout le monde en soit averti. Cela justifie, somme toute, plus la différence de

1. D'après l'article 4 de la loi italienne, les créanciers ordinaires doivent être convoqués en assemblée dans les trente jours suivant le jugement d'ouverture.

procédure d'un cas à l'autre, que la séparation des créanciers en masses distinctes. Les raisons de cette scission de la masse nous les trouvons dans un rapport de M. P.-E. Flandin au Sénat ¹. Si en principe il n'y a point de différence entre la nature de la créance d'un fournisseur ou d'un simple créancier occasionnel et celle d'un porteur d'obligations, en fait il y en a une. Les créanciers ordinaires n'ont généralement qu'un intérêt, celui d'être payés, sans trop se soucier de la bonne marche de la société, tandis que les obligataires ont entendu faire un placement généralement à long terme, pour lequel ils recevront un intérêt fixe. Sans doute ils ne se confondent pas avec les actionnaires, dont la rémunération varie avec le bénéfice de la société, ils toucheront toujours la même chose, tant que la société peut payer, mais c'est justement ce qui intéresse le plus, que la société soit en état de faire face au paiement de ses intérêts : pour cela il faut qu'elle vive et qu'elle vive dans certaines conditions. Or c'est justement à quoi les obligataires sont intéressés, et sur ce point ils ne se confondent pas avec les créanciers ordinaires. Le créancier obligataire n'est juridiquement pas un associé, mais il a ceci de commun avec ce dernier, d'être intéressé à la bonne marche de la société. En partant de ces raisons, la loi du 2 juillet 1919 organisait les obligataires, mais en vue de la procédure du règlement transactionnel uniquement. A ce moment il n'existait aucune loi qui organisait en France les porteurs d'obligations. Quelques uns d'entre-

1. *Doc. parl.*, Sénat, 1918. Annexe au procès-verbal de la séance du 20 sept. 1918, N° 370, p. 24.

eux s'étaient groupés à l'instar des obligataires d'autres pays, mais le règlement transactionnel ne tenait pas compte de ces groupements, il les laissait subsister, mais leur enlevait toute signification en leur imposant de se soumettre aux dispositions de la loi, quant aux quorums et aux majorités pour la prise des décisions¹. Donc, après avoir reconnu les groupements d'obligataires, la loi leur enlevait tout effet. Lors de la discussion au sein de la Société d'Etudes Législatives du projet de réforme de la procédure de la faillite et de liquidation judiciaire en ce qui concerne les sociétés ayant émis des obligations, le rapporteur M. Georges Marais proposait, que les groupements d'obligataires fussent dissous de plein droit par le jugement déclaratif, nonobstant toute clause contraire insérée dans le statut du groupement². Ces groupements, disait-on, constituent, tant que les sociétés émettrices sont *in bonis*, une masse avant faillite, ils se trouveront dissous par le jugement déclaratif, mais rien n'empêche qu'ils soient reconstitués après la fin de la procédure par un concordat, et le concordat peut prévoir cela. Quel était le raisonnement présidant à cette proposition ? C'est que, les obligataires en se groupant, l'avaient fait dans le but de prendre plus facilement des décisions et de traiter avec la société tant que celle-ci était en activité ; le groupement avait qualité de décider de la gestion des titres, mais non de la dissolution de la société : on craignait la prépotence de quelques uns au détriment de la majorité des petits porteurs. Aussi en ce

1. Article 26, loi du 2 juillet 1919.

2. *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1924, p. 162.

qui concernait les décisions à prendre, en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, fallait-il se regrouper à nouveau et décider d'après des règles nouvelles et non pas d'après les statuts. Ces raisonnements valables pour le cas où on pouvait envisager la dissolution de la société émettrice, l'étaient beaucoup moins en fait de règlement transactionnel, car là, la question de la dissolution ne pouvait être envisagée qu'en ouvrant la procédure de faillite et de liquidation judiciaire, dans laquelle les groupements d'obligataires n'avaient aucun rôle.

Toutefois les précautions de la loi du 2 juillet 1919 avaient une raison d'être. Comme à ce moment aucune disposition légale n'avait organisé les obligataires, les groupements existants pouvaient se trouver organisés sur des bases qui établissaient un certain droit à l'avantage de certains porteurs. Or on ne voulait pas que cela puisse jouer dans le cas assez grave où il s'agissait de consentir une réduction du capital.

A l'heure actuelle, il existe en France une réglementation détaillée du groupement d'obligataires, faite avec garanties suffisantes et prévoyant en même temps l'attitude du groupement dans une procédure de faillite et de liquidation judiciaire. Les pays étrangers, l'Allemagne, l'Angleterre, la Belgique, pour ne citer que quelques uns, connaissent depuis longtemps les groupements d'obligataires et l'idée n'est pas nouvelle, même en France. Dès le début du ^{xx}^e siècle, on essaya d'introduire cette institution dans le droit français¹. Ces tentatives furent repri-

1. Tentatives du Garde des sceaux Vallée, de 1901-1902, reprises par le sénateur Chastenot (*V. Journ. des faillites*, 1915-1916, p. 135 et suiv.).

ses lors de la discussion du projet de la loi de 1919. Les protagonistes de l'idée essayèrent de faire passer dans la loi les principes mettant les bases des groupements d'obligataires, mais ils n'y parvinrent pas. Les adversaires, tout en étant obligés de constituer les obligataires en groupement à part, ne voulaient pas procéder à la constitution de groupements permanents, ils se contentaient de créer des groupements temporaires en vue uniquement de la procédure de règlement transactionnel. Dans le rapport Flandin — cité plus haut — on trouve la raison de cette attitude. « Ce serait, disait le rapporteur au Sénat, le renversement des principes du droit, car la société implique par dessus tout, le consentement volontaire. On n'est pas sociétaire malgré soi ».

Or les auteurs de la loi ne voulaient pas voir dans la réunion d'obligations en une masse distincte en vue d'un règlement, une association, société ou autre groupement quelconque.

Les arguments plus haut cités portent, mais ils ne sont pas irréfutables. On n'est pas sociétaire malgré soi, il est vrai, mais nul n'oblige un porteur d'obligation à l'être. Il peut vendre ses titres et s'en aller. Ensuite l'argument ne s'impose pas au législateur, la loi peut obliger quelqu'un à être membre d'une société.

En passant par dessus ces raisonnements, le décret du 30 octobre crée les groupements d'obligataires. En lisant le texte de la loi, on ne trouve nulle part l'expression employée jusqu'alors de société civile d'obligataire ni une autre expression désignant la nature juridique de ces groupements¹.

1. Sur la nature juridique des sociétés d'obligataires, voir Trasbot, *op. cit.*, p. 90, note 3.

Sont-ils des associations, des sociétés, des syndicats, ou des groupements *sui generis* ? Ils se rapprochent plutôt de syndicats que d'autres groupements, car « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles »¹. Or, en l'espèce, c'est bien de la défense des intérêts économiques qu'il s'agit. Ce n'est pas une société, car il n'y a pas de réunion en vue de partager un bénéfice, l'intérêt que les obligataires touchent n'est pas un bénéfice, et même s'il en était un, ils le touchent indépendamment du fait d'être groupés ou non. Le groupement d'obligataires ne paraît pas être une association, car son but n'est pas autre que patrimonial ; mais on pourrait encore hésiter autour de cette solution, car l'article 1^{er} de la loi de 1901 dit que l'association est un groupement à titre permanent « dans un but autre que de partager des bénéfices ». Si nous prenons le sens économique du mot « bénéfice », nous pourrions encore hésiter avant de conclure que le groupement d'obligataires n'est pas une association.

Voyons maintenant l'intérêt de l'existence de ces groupements du point de vue de la procédure de faillite et de liquidation judiciaire. Jusqu'ici tout créancier obligataire prenait part à la procédure au même titre que tout autre créancier. Jugez de l'ennui d'une société ayant à faire à des milliers de porteurs d'obligations, lorsque des difficultés financières venaient à surgir. Un seul obligataire, porteur d'une seule obligation, pouvait

1. Article 43 de la loi du 21 mars 1884.

déposer plainte à fin de faillite, pour le non paiement des intérêts à échéance. Un arrangement eut été impossible, lorsqu'il eut fallu voir le consentement de tous les porteurs de titres, dans le cas où il n'y avait pas de groupement constitué soit par l'acte d'emprunt, soit par consentement ultérieur des obligataires. Actuellement pour peu que la société débitrice se soucie des obligataires et les constitue en groupement, elle sait à qui s'adresser, avec qui traiter.

Si la faillite ou la liquidation judiciaire venait à être ouverte, elle n'aura à faire qu'au représentant du groupement. L'article 31 du décret du 30 oct. 1935 règle la situation. D'abord la production sera faite pour tous les obligataires par le représentant du groupement ¹ s'il en est désigné un ; s'il n'y a pas eu de représentant et s'il n'y en aura pas de désigné avant l'expiration du délai imparti par l'article 492 du Code de commerce pour produire, les obligations seront en tous points assimilées aux autres créances. Le représentant du groupement recevra toute convocation ou autres avis concernant tous les obligataires. Par cela les formalités à faire seront particulièrement simplifiées, ce sera aux dirigeants du groupement de faire parvenir à la connaissance des membres les avis ou autres actes de procédure les intéressant.

Les obligataires ne voteront pas individuellement dans la masse — sauf le cas où ils n'auront pas été groupés. Le représentant votera au nom du groupement, après

1. Nous employons l'expression groupement là où le décret emploie celle de « masse », nous préférons employer cette dernière expression pour désigner la masse des créanciers de la faillite.

avoir été dûment autorisé par l'assemblée générale des obligataires, dont la créance sera considérée, tant au point de vue du *quorum* que des majorités, comme constituant uniquement une seule créance.

Nous avons déjà avancé que les deux masses ne sont pas parallèles, la masse des obligataires vient déverser le résultat de son vote à titre de créancier ordinaire dans la masse de la faillite, c'est en somme un vote à double degré. Il y a en cela un handicap pour les obligataires, car si au point de vue majorité en somme, ils pèsent sur la majorité de tout le poids de leurs créances, du point de vue majorité en nombre, ils ne comptent que pour un seul.

Si le décret portant modification du livre III du Code de commerce ne laisse pas entrevoir de grands changements sur ce point, en réalité du seul fait que la décision des obligataires est prise en dehors de l'assemblée de la masse, la procédure se trouve sensiblement modifiée et simplifiée. Ce n'est pas la même chose que si on avait adopté le système de l'intervention des créanciers à la procédure du concordat, de la loi du 2 juillet 1919, mais les résultats seront sensiblement les mêmes¹.

SECTION I

L'HOMOLOGATION DU CONCORDAT

La seconde condition pour l'obtention d'un concordat

1. Voir sur les sociétés d'obligataires, Escarra (Jean), *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires* (groupement et représentation), Paris, 1922.

préventif est l'homologation du tribunal. Pour le règlement transactionnel il a été soutenu¹, que dans certains cas — lorsque les deux majorités prévues étaient réunies — le tribunal n'avait plus de pouvoir d'appréciation, qu'il devait homologuer le concordat. Nous trouvons dans la proposition de M. Baudouin-Bugnet, une disposition reléguant le rôle du tribunal sur un plan tout à fait secondaire. Ces dispositions sont critiquables, quelle que soit l'idée qu'on se fait de la nature juridique du concordat.

D'après une première thèse, le concordat serait un acte qui tire sa force de la convention des parties, il a été envisagé comme un accord de volonté où la majorité fait la loi à la minorité, tantôt parce que la masse des créanciers serait une sorte de société anonyme², tantôt parce que ce serait là une personne morale³, tantôt enfin parce que le concordat serait un contrat collectif — acte conventionnel qui constitue pour l'une au moins des parties, une charte unilatérale et individuellement obligatoire, passée par la majorité des individus, que réunit un lien de solidarité nécessaire. Ce serait donc un lien de solidarité imposé par un état de nécessité⁴.

D'après une autre thèse consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 2 juillet 1903, le concordat serait un acte du pouvoir judiciaire.

Même si l'on adoptait la première de ces thèses, il

1. René Gain, *op. cit.*, p. 73.

2. Percerou, *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*.

3. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit com.*, t. VII, p. 510.

4. Rouast, *Essais sur la notion juridique du contrat collectif*, thèse, Lyon, 1909, p. 232.

faut tenir compte que les effets du concordat ne se produisent, même à l'encontre de ceux qui l'ont voté, qu'à partir du jugement d'homologation. Assigne-t-on au tribunal en tant qu'instance d'homologation, un simple rôle d'enregistreur ? on enlève aux créanciers une garantie fort importante. Le tribunal en instance d'homologation ne fait pas que donner force obligatoire, vis-à-vis de tous les créanciers, d'un traité qui n'a été conclu que par une majorité ; il exerce un double contrôle, celui de la régularité de la procédure et celui des qualités du débiteur. Nous sommes en face d'un concordat préventif, or celui-ci ne doit être accordé qu'au débiteur malheureux et de bonne foi. La loi belge est la seule à le dire, que « l'homologation ne sera accordée qu'en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi »¹. Le tribunal doit, avant de rendre son jugement d'ouverture, rechercher si ces qualités existent en la personne du débiteur, mais il se peut qu'au cours de la procédure de nouveaux faits soient découverts qui prouvent le contraire. C'est alors au tribunal d'en décider et de refuser l'investiture au traité qui aurait été conclu, même avec l'unanimité des créanciers. A la lueur de ces idées, on ne saurait approuver une mesure qui fait bon marché de l'autorité du tribunal.

S'il n'est pas bon que les créanciers soient ignorés au cours de la procédure d'un concordat préventif, il n'est pas bon non plus qu'on enlève cette garantie efficace qui est la latitude laissée au tribunal, d'accorder ou refuser l'homologation, à son gré.

1. Article 2 *in fine*.

Le concordat préventif est un acte complexe ; c'est une convention entre le débiteur malheureux et de bonne foi et une certaine majorité de ses créanciers, sous le contrôle de la justice, produisant des effets sous condition d'homologation. Telle est du moins la thèse soutenue en Belgique¹ et nous croyons que c'est la juste. Le rôle du tribunal n'est pas seulement de veiller à ce que les prescriptions de la loi soient respectées, mais encore que l'intérêt des créanciers soit sauvegardé même à leur rencontre.

L'article 17 de la loi belge dit qu'en cas d'inobservation des dispositions de la loi « ou lorsque les motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paraîtra de nature à empêcher le concordat préventif, le tribunal en refusera l'homologation ».

La loi allemande² permet au tribunal de refuser l'homologation lorsque « le concordat est contraire à l'intérêt général des créanciers », alors même qu'il ait trouvé le débiteur malheureux et de bonne foi et qu'il ait constaté l'adhésion de ses créanciers en majorité voulue par la loi. Ces dispositions pourraient paraître contraires au principe que les créanciers sont maîtres de leurs créances ; en fait elles ne le sont pas. Les créanciers peuvent très souvent se laisser surprendre ou apitoyer sur le sort du débiteur et en voter le concordat, alors qu'il n'a aucune chance de se relever. Leur sacrifice serait inutile et il se pourrait qu'il soit contraire à leur intérêt.

On peut, en effet, envisager le cas, où malgré la prudence

1. Alphonse Ruyssen, *op. cit.*

2. § 79, 4^e.

et l'honnêteté du débiteur, son entreprise est vouée à l'échec. L'intérêt des créanciers serait alors de procéder à une liquidation immédiate; tout attermoiement ne fera qu'augmenter les pertes. Si les créanciers n'ont pas eu la clairvoyance nécessaire, le tribunal pourra y suppléer, sans que pour cela leurs droits et prérogatives soient amoindris. Le tribunal est certainement mieux placé, pour avoir, à la fin de la procédure une vue d'ensemble, de l'état de l'affaire du débiteur et pour apprécier l'utilité et l'opportunité du concordat.

Les créanciers doivent rester maîtres de leurs créances en ce sens que sans leur assentiment le débiteur ne puisse obtenir ni remise de dette, ni délais, mais pour rendre parfaite cette convention et obligatoire vis-à-vis de tous les créanciers concordataires, il faut faire intervenir le tribunal, auquel il faut assigner le rôle, non seulement de juger de la légalité du concordat, mais aussi de son opportunité.

Lorsque le tribunal aura refusé l'homologation, il se pose la question s'il faut déclarer le débiteur en faillite ou non. Trois solutions peuvent être envisagées : suivant une première le refus d'homologation, ou le refus d'adhésion des créanciers étaient la procédure, le débiteur retombe dans l'état antérieur à la demande ou au jugement d'ouverture, les créanciers recouvrent les droits de poursuivre individuellement ; suivant une deuxième le tribunal est tenu de statuer d'office sur l'ouverture de la faillite, mais avec la latitude de la déclarer ou non ; enfin suivant une troisième, le tribunal doit déclarer d'office la faillite.

Le premier est le système de la loi belge, le tribunal n'est pas tenu, en cas de refus d'homologation, de décider s'il y a lieu de procéder à la déclaration du débiteur en faillite, mais la faillite peut être ouverte à toute époque de la procédure si le tribunal acquiert la conviction que le débiteur n'est pas malheureux et de bonne foi¹. La loi allemande² dispose que le tribunal statuera d'office sur la faillite, mais il peut ne pas la déclarer alors que la loi italienne³, oblige le tribunal à déclarer le débiteur en faillite d'office.

Lequel de ces systèmes est préférable ?

Obliger le tribunal à convertir un concordat non homologué en faillite, est certainement un frein, pour empêcher les débiteurs peu scrupuleux, à demander à la légère le concordat préventif ; mais il y a en cela un inconvénient. Plus d'un commerçant hésitera à se mettre sous le contrôle de la justice lorsqu'il saura que la non-obtention du concordat, soit à cause de la non-adhésion des créanciers, soit à cause du refus d'homologation, lui vaudra la déclaration en faillite d'office. Il faut se rappeler que le régime du concordat préventif doit être conçu de façon à ne pas effrayer les commerçants, à les inciter à procéder au règlement de leurs dettes, sous le contrôle de la justice, avant que l'actif ne soit anéanti, aussi faut-il laisser à l'appréciation du tribunal de déclarer la faillite, mais sans l'obliger d'office de statuer sur son ouverture.

1. Article 18.

2. § 80.

3. Article 20.

Une solution intéressante est proposée par MM. de Monzie et Cot¹. Si les propositions du débiteur ne sont pas acceptées, il aura un délai de huit jours, ou de trois jours — suivant qu'il a demandé l'attribution judiciaire ou le règlement judiciaire — pour déposer son bilan afin de faillite ou de liquidation judiciaire. Passé ces délais les créanciers reprennent le droit de poursuivre individuellement.

Le tribunal aura le droit de prononcer la faillite d'office si les faits lui paraissent concluants pour ce faire. Cette proposition prévoit un cas qui généralement n'est pas envisagé, car on suppose que normalement il ne se produira pas souvent ; c'est celui où le débiteur après avoir demandé le concordat ne formule aucune proposition, le tribunal déclarera alors la faillite d'office.

1. Articles 10 et 26.

CHAPITRE IV

L'EXTINCTION DU CONCORDAT

Le concordat peut prendre fin de deux manières, soit que le débiteur exécute les obligations assumées dans le traité, soit qu'il ne les exécute pas et dans ce cas le concordat doit tomber. Le débiteur pourrait en outre en perdre le bénéfice si, après la fin de la procédure, on découvre à sa charge des faits ou manœuvres répréhensibles.

SECTION I

L'EXÉCUTION DU CONCORDAT

Dans un premier paragraphe nous allons étudier les garanties que les créanciers peuvent avoir pour l'exécution du concordat, dans une seconde nous allons voir à quoi le débiteur peut être tenu, plus exactement nous allons analyser la clause de paiement intégral au cas de retour à meilleure fortune.

§ 1. — *Les garanties d'exécution.*

Nous avons vu, en parlant de la situation des créanciers au cours de la procédure de concordat, qu'on peut envisager un système, dans lequel il n'y ait pas d'hypothèque au profit de la masse. C'est ainsi dans la loi belge et c'était de même pour le règlement transactionnel. En plus ni la loi belge, ni le règlement transactionnel n'exigeaient que le débiteur fournisse des garanties d'exécution des propositions qu'il faisait. C'était aux créanciers d'en exiger, pour ne pas se trouver plus tard en concours avec les créanciers postérieurs au concordat, lors d'une éventuelle faillite. Les lois italienne et allemande ne prévoient pas une hypothèque au profit de la masse, qui soit inscrite dès le début de la procédure. En étudiant la publicité nous avons vu que, d'après ces deux lois, des inscriptions avaient lieu sur les livres fonciers. Ce n'est pas là une véritable hypothèque, c'est un simple avertissement pour les tiers qui voudraient traiter avec le débiteur, mais cela représente quand même une garantie pour les créanciers.

Nous trouvons par contre dans ces lois des garanties d'exécution très sérieuses. Ainsi la loi italienne¹ fait plus que de donner aux créanciers concordataires une hypothèque, elle fait défense au débiteur d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles avant l'exécution totale du concordat et lui interdit de changer l'affectation des biens destinés à exploitation de son commerce ou

1. Article 21.

industrie. Cette défense vaut plus qu'une hypothèque, car elle joue alors même qu'elle n'a pas été inscrite. Comme ces restrictions peuvent être gênantes pour le débiteur, la loi permet de déroger à la disposition de l'article 21, soit dans le traité de concordat, soit par une convention ultérieure. Il se peut, en effet, que le débiteur soit digne de confiance, ou qu'il jouisse des garanties suffisantes, d'autre nature. Il n'y a pas de raison de frapper alors tout son actif immobilier d'inaliénabilité. La loi allemande prend trois sortes de mesures pour garantir le droit des créanciers. Le débiteur sera surveillé par une ou plusieurs personnes désignées dans le traité de concordat, jusqu'à la complète exécution des engagements ou jusqu'à une échéance stipulée dans ledit traité¹. Les créanciers peuvent demander ensuite une hypothèque sur les immeubles du débiteur, qui sera inscrite dans les livres fonciers, par les soins du surveillant². Cette hypothèque sera une hypothèque de sûreté qui ne se conçoit que dans le système des livres fonciers ; ce n'est pas une véritable hypothèque, c'est un simple moyen de donner rang à une créance éventuelle. Enfin les restrictions à la capacité de disposition que nous avons rencontrées, en parlant de l'administration du patrimoine pendant la procédure du concordat, sont maintenues et elles peuvent être augmentées sur la demande du surveillant³.

La loi belge, comme nous l'avons dit, ne prévoit pas d'autres garanties d'exécution que celles que les créan-

1. § 91.

2. § 93.

3. § 94.

ciers exigent, mais elle prévoit une surveillance du débiteur pendant l'exécution des obligations concordataires. Le juge-délégué est tenu d'examiner l'état des affaires du débiteur, tous les trois mois et chaque fois que le tribunal l'ordonne¹, il pourra se faire assister d'experts, tout comme pour l'enquête qu'il doit mener avant le jugement d'ouverture.

La loi roumaine adopte le système de la loi italienne, et elle institue une commission de créanciers choisie par les créanciers eux-mêmes en l'assemblée de concordat. Ceux-ci devront surveiller le débiteur et référer au tribunal à chaque fois que le créancier manque à ses engagements².

La surveillance du débiteur pendant la période d'exécution du concordat a préoccupé tous les législateurs. C'est là une question qui prend autant d'importance, que la surveillance de la gestion au cours de la procédure. Rendre au débiteur toute liberté et sa pleine et entière capacité, après avoir obtenu un concordat, sans être assuré que les créanciers qui l'auront consenti seront désintéressés de ce qui leur reste à toucher, ce serait s'exposer au grave danger de voir les créanciers refuser de voter le concordat, à chaque fois que le débiteur n'inspire pas, par sa personne, une confiance suffisante.

§ 2. — *La clause de paiement intégral au cas de retour à meilleure fortune.*

Une fois le concordat conclu le débiteur n'est plus tenu pour ses dettes antérieures à la demande que dans la limite et suivant les termes du traité. S'il l'exécute, les

1. Article 28.

2. Articles 41 et 44.

créanciers ne devront plus avoir d'action pour le reliquat que lorsque la clause de paiement intégral au cas de retour à meilleure fortune est inscrite dans le traité. C'est ainsi que les choses se passent dans la plupart des législations.

La loi belge¹, par contre, oblige le débiteur à ce paiement et il est admis que c'est là une disposition impérative à laquelle on ne peut pas déroger. Mais c'est là une obligation personnelle au débiteur, les héritiers ne seront pas tenus.

La même disposition est proposée par M. René Brunet dans son projet de remise en vigueur du règlement transactionnel². Que vaut cette mesure ? Il est certain qu'elle cherche à donner aux créanciers un avantage, mais il est plutôt illusoire, par contre elle nuit beaucoup au débiteur. Les créanciers peuvent avoir l'espoir qu'un jour ou l'autre ils toucheront tout ce qu'on leur devait, mais cela arrive rarement car le débiteur se sentant sous la menace d'une poursuite toujours possible au cas où il développe ses affaires, il hésitera à travailler, il se contentera de végéter, ou s'il veut donner un essor à ses affaires il le fera sous une étiquette quelconque ou bien il dissimulera ses bénéfices. Mais très souvent le débiteur, même de bonne foi et désireux de travailler, ne pourra pas le faire faute de crédit, car on le considère comme devant être assimilé aux insolvable. On consentira difficilement à lui prêter lorsqu'on sait qu'il pourra être poursuivi sur ce qu'il aura gagné par les créanciers concordataires. Si finalement il arrive à réaliser certains

1. Article 25.

2. Article 17.

bénéfices et à développer ses affaires il sera particulièrement malaisé de faire une discrimination entre les fonds qui sont nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et ceux qui peuvent être considérés comme capital accumulé, ou autrement dit comme fortune acquise.

L'effet le plus important de cette disposition est de mettre une entrave à la reprise des affaires d'un commerçant qui a essayé de sauver son commerce à l'aide du concordat préventif. C'est aller à l'encontre du but de l'institution que d'attacher un boulet aussi incommode aux pieds d'un débiteur auquel on a cru d'abord devoir lancer une bouée de sauvetage, en lui accordant le concordat préventif.

SECTION II

ANÉANTISSEMENT DU CONCORDAT DU FAIT DE LA NON-EXÉCUTION OU DES FRAUDES COMMISES PAR LE DÉBITEUR

Il se peut que le débiteur n'exécute pas ses obligations concordataires soit parce qu'il ne le veut pas soit parce qu'il ne le peut pas. S'il ne peut pas exécuter pour des causes indépendantes de sa volonté et s'il peut arguer de sa bonne foi, pourrait-il demander un nouveau concordat dans lequel les créanciers en premier concordat ne produisent que les créances réduites, ou ce qui n'aura pas été payé jusqu'au montant de ces créances ? Il y a des lois, italienne, allemande, roumaine, qui refusent le concordat au débiteur qui en aurait obtenu un, ou qui aurait été déclaré en faillite dans les cinq années précédentes, ou qui n'aura pas satisfait à ses engagements pris lors d'un

concordat antérieur. Dans ces législations la question ne se pose plus, mais là où la loi ne dit rien que faut-il conclure ? Lors du règlement transactionnel il a été soutenu que rien ne s'opposait au règlement des dettes ayant fait déjà l'objet d'un règlement ¹. Il est vrai que la loi du 2 juillet n'avait pas prévu le cas. Mais il paraît toutefois difficile d'admettre concordat sur concordat. Cela prouve que les affaires du débiteur ne sont pas en état de se maintenir et alors il serait inutile de continuer à administrer des concordats en doses répétées, jusqu'à ce que faillite s'en suive.

Nous pouvons envisager encore une autre hypothèse. Lorsque le concordat a été refusé au débiteur soit par les créanciers, soit par le tribunal lors de l'homologation, sous un motif, autre que l'absence de la bonne foi chez le débiteur, celui-ci pourra-t-il tout de suite après déposer une enquête — en supposant que la faillite n'a pas été déclarée — ?

Une seule parmi les propositions françaises a envisagé cette situation, la proposition de M. Baudoin Bugnet, sur la conciliation commerciale ². Le débiteur — y lit-on — sera punissable de banqueroute simple s'il aura « présenté une deuxième requête tendant aux mêmes fins, avant l'expiation d'un délai de six mois » ?

La solution normale, lorsque le débiteur n'exécute pas ses obligations est la résolution du concordat ou sa déclaration en faillite.

Normalement la résolution devrait pouvoir être demandée par tout créancier concordataire et à tout

1. René Gain, *op. cit.*, p. 47-48.

2. Article 9 *in-fine*.

moment. Tel est le cas de la loi belge¹, qui demande que les cautions, qui auront pris la garantie tant partielle qu'intégrale, des obligations du débiteur soit mise en cause. Par suite de la résolution les codébiteurs et cautions ne sont pas libérés. Tel. était également le cas du règlement transactionnel.

La loi allemande et la loi italienne ne permettent pas la résolution pour cause d'inexécution, les créanciers ont le droit, du moins d'après la loi italienne², de demander la déclaration du débiteur en faillite. La loi roumaine³ permet aux débiteurs de demander la révocation du concordat et la déclaration du commerçant en faillite ». On ne sait pas en lisant ce texte si les créanciers ont la faculté de demander uniquement la révocation, ou la révocation et la faillite.

L'annulation du concordat est poursuivie lorsque le concordat a été obtenu pour fraude, ou lorsque un fait répréhensible est découvert à la charge du commerçant. Dans ce cas les codébiteurs et cautions seront libérés, s'ils n'ont pas participé à la fraude.

La loi italienne et à son exemple la loi roumaine enferment l'action en annulation dans le délai de un an à partir de la sentence d'homologation. La loi belge par contre n'y met aucun délai et nous ne voyons pas quel serait l'avantage d'une prescription aussi rapide d'une action qui est avant tout une sanction car elle attire normalement la déclaration en faillite automatique.

1. Article 27.

2. Article 34.

3. Article 47.

CONCLUSION

Le concordat préventif de faillite, tel que nous le connaissons aujourd'hui, est une institution relativement récente, c'est le produit des dernières cinquante années, c'est une création de notre époque de grande industrialisation et de développement du commerce international, comme aussi le fruit des époques de grande crise et de perturbations profondes, dans la marche normale des affaires.

Ces époques ont enseigné aux gens que la faillite et ses conséquences ne pouvaint pas être appliquées toujours et indistinctement, à tout commerçant défaillant. Et même, une fois les crises passées, certains commerçants pouvaient être en butte à des difficultés insurmontables, lesquelles les rendaient excusables et dignes d'un certain égard. L'intérêt des créanciers exige aussi parfois, qu'on ne procède pas à la liquidation des biens du débiteur, et qu'on tâche de procéder à un arrangement, au début même des difficultés commerciales du débiteur.

De par sa nature juridique le concordat préventif et, d'après l'opinion de M. Alphonse Ruysen, un traité quant aux biens entre le débiteur malheureux et de bonne foi et ses créanciers, représentés par une certaine majorité

sous le contrôle avec l'homologation de la justice, permettant au débiteur de suspendre l'acquittement d'une partie de ses dettes, en vue de prévenir la faillite.

Le concordat préventif diffère du moratorium en ce que n'est pas une simple mesure dilatoire, accordée par le tribunal, suspendant pour un certain délai les paiements du débiteur vis-à-vis de tous ses créanciers. Le concordat peut être dilatoire, mais ce n'est pas là son caractère essentiel, il peut être à la fois remissoire et dilatoire.

Le concordat préventif diffère de la liquidation judiciaire en ce qu'il est d'abord préventif de faillite, ensuite en ce que le bénéfice de la loi ne peut être maintenu au débiteur, que du consentement des créanciers.

Etant une institution préventive de faillite, le concordat doit pouvoir être obtenu à tout instant tant que la faillite n'a pas été déclarée et aussi avant qu'il y ait eu cessation de paiement, du moment qu'il y a un déséquilibre entre l'actif et le passif du commerçant. Comme c'est un bénéfice accordé au commerçant il serait difficile qu'un autre puisse le demander pour lui, il faut toutefois accorder ce droit aux héritiers.

La procédure doit être autant que possible rapide, il faut que la requête du débiteur fasse l'objet d'un jugement sans tarder, il faut ensuite que les créanciers soient réunis dans un délai très bref, afin d'aboutir à une solution sans perte de temps.

Il faut avoir présent à l'esprit que la procédure de concordat suspend les poursuites individuelles, mais elle

diffère de la procédure de faillite, en ce qu'elle ne conduit pas à une liquidation. Faire traîner en longueur une procédure de concordat préventif signifie, empêcher les créanciers de poursuivre et mettre obstacle à la déclaration de faillite, d'une part, retarder la reprise des affaires du commerçant, de l'autre, car au cours de la procédure, le débiteur n'a pas sa pleine et entière capacité.

Comme la procédure entraîne une diminution de la capacité du débiteur, il faut que les tiers en soient avertis, il faut donc une publicité, aussi bien pour avertir ceux-là que pour avertir les créanciers.

On ne pourra pas se passer de la publicité, quelque fut le désir de ménager le débiteur, mais il faut au moins la rendre différente de celle de la faillite, pour faire apparaître, aux yeux de tout le monde qu'il y a une différence entre cette dernière et le concordat préventif. Pour la même considération le débiteur devra garder l'administration de son patrimoine, mais sous une surveillance efficace, afin que le gage des créanciers ne soit pas compromis. Mais ces mesures de protection ne doivent pas s'arrêter là, il faut veiller aussi que le concordat soit exécuté, soit en surveillant le débiteur au cours de l'exécution soit en prenant des garanties d'exécution suffisantes.

Ce serait là, les quelques traits que nous considérons comme étant caractéristiques d'une procédure de concours préventive de faillite.

L'introduction du concordat préventif en France ne signifie pas nécessairement une modification profonde

de la législation existante. Le cadre de l'institution existe, c'est la liquidation judiciaire et si la loi de 1889 n'est pas une institution préventive de faillite, c'est que des circonstances exceptionnelles ont présidé à sa naissance. Nous avons toutefois dans cette loi le squelette de la bâtisse, sur lequel pourraient se greffer les éléments qui constituent le propre du concordat préventif. Ce ne serait pas une loi de circonstance, ce serait une institution permanente pour des temps normaux, comme pour des temps de crise, ce serait un instrument entre les mains des juges-consulaires, dont la prudence saura proportionner l'application aux besoins.

L'expérience du passé nous enseigne qu'il faut éviter les mesures d'exception, lorsqu'elles sont de nature à compromettre l'intérêt général et à ébranler la confiance. Il est certain qu'à l'heure actuelle la nécessité d'une institution de sauvetage — si on peut l'appeler ainsi — se fait sentir, mais il est préférable que cette institution fut une de celles qui puisse se maintenir, une fois la crise passée.

Nul n'est besoin d'insister à nouveau sur la nécessité de se montrer clément pour le débiteur de bonne foi et malheureux et de sévir contre celui qui s'est rendu coupable ; l'adage « *in fraudem saevire, bonae fidei indulgere* », n'a été que trop souvent répété. Mais aussi désireux qu'on peut l'être de voir mettre sur pied une loi venant en aide au commerçant honnête, il ne faut jamais perdre de vue, l'intérêt des créanciers et l'intérêt général. Les affaires, a-t-on dit, sont un peu d'argent des autres, pour qu'elles marchent il faut que la confiance règne.

Il faut aider les débiteurs qui en sont dignes, mais après avoir pris toutes garanties, qu'il n'y a que ceux-là qui seront secourus et que l'intérêt des créanciers sera sauvegardé.

Entre les intérêts en présence il faut essayer de tenir la balance égale et ne point oublier que « *incidit in Scyllam qui vult evitari Charybdin* ».

Vu : pour le Doyen, l'assesseur,
G. RIPERT.

Vu : le Président de thèse,
J. HAMEL.

Vu et permis d'imprimer :
le Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le Recteur, l'Inspecteur de l'Académie,
J. PERRON.

BIBLIOGRAPHIE

- Annales du Droit commercial*, 1891, 1903.
- ANCA. — *Procedura de concordat fortal in afara de faliment*.
- Annuaire de la Législation Etrangère*, 1883, 1887, 1917-18, 1927.
- Annuaire de la Société d'Etudes Législatives*, 1924.
- D^r BLEY. — « Die neue Vergleichsordnung », dans la *Deutsche Juristen Zeitung*, 1^{er} avril 1935.
- BOLAFIO (L.). — *I criteri dominanti e novatori nella recenta reforma deli instituti falimentari*. *Studi di diritto commerciale*, II, p. 419.
- ESCARRA (J.). — *Traité théorique et pratique de l'organisation des obligataires*, Paris, 1922.
- FISCHER (A.). — *Le concordat préventif dans le droit roumain*, thèse, Paris, 1931.
- FREMERY. — *Etudes de droit commercial*.
- GAIN (R.). — *Le règlement transactionnel de guerre ou le concordat préventif*.
- GENI. — *Science et technique du droit privé positif*, t. I, III, 1914, 1915, 1921.
- GIRARD (P.-F.). — *Manuel de droit romain*, 1924.
- HERBULOÏ et TERCHOFF. — *Le règlement transactionnel pour cause de guerre entre débiteurs et créanciers*, loi du 2 juillet 1919.
- JAGER (C.). — *Commentaire de la loi fédérale sur les poursuites pour dettes et la faillite*.
- JAN. — *De la faillite civile*, thèse, Paris, 1921.
- IBERING. — *Esprit du droit romain*.
- IONESCO (St.). — *Nonna lege a concordatului preventiv*, Benaveti, 1930.
- KÖHLER. — *Aperçu historique du développement de la faillite*.
- LESCURE (J.). — *Les crises générales de surproduction*, 2^e éd., 1910.
- LYON-CAEN et RENAUULT. — *Traité de droit commercial*, t. VI, VII, 1934.

MELLER (L.). — *De la notion de créanciers de la masse dans la faillite*, thèse, Paris, 1935.

PERCEROU. — *Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*.
Reichsgesetzblatt, 4 mars 1935.

RIPERT. — *Cours de droit commercial*, professé à la Faculté de droit de Paris, 1934-35.

ROBERT (Henri). — *Les grands procès de l'histoire*, série X.

ROUAST. — *Essais sur la notion juridique du contrat collectif*, thèse, Lyon, 1909.

RUYSSEN (A.). — *Commentaire de la loi belge du 29 juin 1887 sur le concordat préventif de faillite*.

SOLOMONESCO (G.). — « Un an judecator concordatar », *Revista de drept comercial si studii economice*, Bucarest, 1934, n° 4-5.

TAMBOUR. — *Des voies d'exécution sur les biens du détenteur dans le droit romain et le droit français*, 1856.

TRASBOT. — *Le règlement transactionnel de la loi du 2 juillet 1919*, thèse, Bordeaux, 1922.

TROPLONG. — *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, 1902.

TROULLIER (A.). — « Le projet de réforme de la législation sur la faillite. Le concordat préventif. Les cessations de paiement dans le droit actuel », dans *L'Economie nouvelle*, janvier-avril 1932.

WAHL. — « Le concordat préventif en Roumanie », *Revue critique*, 1930.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	I-III
--------------------	-------

PREMIERE PARTIE

HISTORIQUE ET ESSAIS LEGISLATIFS EN FRANCE

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PREMIER. — HISTORIQUE.....	13
<i>Section I. — Du droit romain à la Révolution.</i>	13
§ 1. Droit romain.....	13
§ 2. L'ancien droit.	18
<i>Section II. — De la Révolution à la grande guerre.</i>	23
§ 1. La Révolution	23
§ 2. Mesures exceptionnelles prises en faveur du débiteur au cours du XIX ^e siècle et avant la loi du 4 mars 1889	27
I. La crise de 1847-48.....	27
II. La crise de 1870-71.	33
§ 3. La liquidation judiciaire.....	34
<i>Section III. — Le régime de la guerre et le règlement transactionnel</i>	40
§ 1. Le régime transitoire de guerre.....	40
§ 2. Les principes du règlement transactionnel.....	44
CHAPITRE II. — PROJETS ET PROPOSITIONS DÉPOSÉS DEVANT LE PARLEMENT FRANÇAIS.....	59
<i>Section I. — Projets tendant à la création d'une institution nouvelle</i>	60
Proposition de M. P.-E. Flandin, sur le concordat aimable.....	60
Proposition de M. Emile Faure, sur le concordat préventif pour les commerçants malheureux et de bonne foi.....	64
Proposition de M. Baudoin Bugnet, sur la conciliation commerciale	69

Proposition de MM. de Monzie et Pierre Cot, portant institution d'un atermolement judiciaire et d'un règlement judiciaire en faveur des commerçants débiteurs en état de défaillance	74
Proposition de M. René Bonnet, tendant à remettre en vigueur, après modification, la loi du 2 juillet 1919	86
Projet de loi présenté au nom de la Commission du commerce et de l'industrie de la Chambre des Députés, tendant à modifier et à compléter la loi du 4 mars 1889, portant modification de la législation sur la faillite ..	89
<i>Section II. — Projets tendant à apporter des modifications à la législation judiciaire et à la faillite.</i>	92
Proposition de M. Bardon, ayant pour objet de compléter l'article 440 du Code de commerce	92
Proposition de M. Le Corbeiller	94
Projet de M. Louis Rollin, ministre du commerce, et Léon Bérard, garde des sceaux	95
<i>Section III. — Les tendances actuelles en France.</i>	98
CHAPITRE III. — LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES	107
<i>Section I. — Pays connaissant le concordat préventif.</i>	108
<i>Section II. — Les traits essentiels des lois belges, italiennes, allemandes et roumaines.</i>	114

DEUXIEME PARTIE

LES DIFFERENTES PHASES DU CONCORDAT PREVENTIF

CHAPITRE PREMIER. — OUVERTURE DE LA PROCÉDURE	129
<i>Section I. — Qui peut demander le concordat.</i>	129
<i>Section II. — Conditions d'admission au bénéfice du concordat.</i>	138
§ 1. La qualité de commerçant	138
§ 2. Commerçant insolvable, malheureux et de bonne foi	140
I. La notion de l'insolvabilité	141
A. Obligation de respecter un certain délai pour le dépôt de la requête	146
B. Offrir un minimum de dividende	150
II. Les circonstances malheureuses et la bonne foi	153
<i>Section III. — La publicité.</i>	158
CHAPITRE II. — LE JUGEMENT D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE CONCORDAT.	175

<i>Section I. — Caractères du jugement d'ouverture.....</i>	177
§ 1. Rapidité du jugement.....	178
§ 2. Caractère provisoire du jugement.....	182
<i>Section II. — Effets du jugement d'ouverture.....</i>	186
§ 1. La nomination d'un administrateur concordataire..	187
§ 2. Les déchéances	192
§ 3. Exigibilité des dettes passives non échues à l'égard du débiteur	196
<i>Section III. — Administration du patrimoine au cours de la procédure.....</i>	200
§ 1. Principe	200
§ 2. Le contrôle de la gestion.....	205
§ 3. Le système de la loi allemande.....	216
CHAPITRE III. — LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONCORDAT PRÉVENTIF.....	223
<i>Section I. — L'adhésion des créanciers.....</i>	223
§ 1. Les créanciers concordataires.....	224
§ 2. La constatation du droit des créanciers et le vote... I. La production et vérification des créances.... II. Formation de la volonté collective.....	230 231 235
§ 3. Les créanciers obligataires.....	241
<i>Section II. — L'homologation du concordat.....</i>	249
CHAPITRE IV. — L'EXTINCTION DU CONCORDAT.....	257
<i>Section I. — L'exécution du concordat.....</i>	257
§ 1. Les garanties d'exécution.....	258
§ 2. La clause du paiement intégral au cas de retour à meilleure fortune.....	260
<i>Section II. — Anéantissement du concordat du fait de la non exécution des obligations, ou des fraudes commises par le débiteur</i>	262
CONCLUSIONS.....	265

Imp. F. BOISSEAU, Rue du Taur, 34 - TOULOUSE

